Die
Gewährleistung
wegen Mängel der Kaufsache
nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch
für das Deutsche Reich.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt

von

Erich Goudefroy,

Referendar in Wilhelmshaven.

ACAD. LEGUM RAT. ROST.

Rostock

Carl Hinstorffs Buchdruckerei

1902.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549205_0120

SEINEN LIEBEN ELTERN

IN DANKBARKEIT GEWIDMET.

Litteratur.

Balcke, Welche Rechte hat der Käufer von Gattungssachen bei Lieferung mangelhafter Sachen nach gemeinem Rechte und dem Rechte des BGB. Freiburger Dissertation 1900.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. Erlangen 1876 f.

Buchka, Vergleichende Darstellung des BGB. und der Landesrechte: I. Das gemeine Recht 3. Aufl. Berlin 1900.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 2. Aufl. Jena 1899/1900.

Denkschrift zum Entwurf eines BGB. Zum Dienstgebrauch der preussischen Justizbehörden hergestellte Ausgabe. 4. Aufl. Berlin 1896.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. 1. und 2. Aufl. Halle a. S. 1900/1901.

Deutsche Juristenzeitung IV.—VI. Jahrgang. Berlin 1899/1901.

Eccius, „Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem BGB." in Gruchot's Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 43. Berlin 1899.

Ehrlich, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache beim Kaufe nach dem Rechte des BGB. Greifswalder Dissertation 1900.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts: Einführung in das Studium des BGB. 4. Aufl. Berlin 1900.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich. 1. Lesung. Ausgearbeitet durch die vom Bundesrat berufene Kommission. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888.

Entwurf eines BGB. Dem Reichstage vorgelegt in der 4. Session der 9. Legislaturperiode. Berlin 1896.

Flechtheim, „Aufhebungsanspruch und Einrede" in Gruchot's Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 44 S. 65 ff. Berlin 1900.

Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht. 7. Aufl. Berlin 1896/1897.

Frings, Wandelung und Schadenersatz. Göttinger Dissertation 1896.

Goldmann u. Lilienthal, Das BGB. Systematisch dargestellt nach der Legalordnung des Allgemeinen Landrechts. Berlin 1897.

von Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. Braunschweig 1875 f.

Haidlen, Das BGB. mit den Motiven und sonstigen Vorarbeiten herausgegeben. Stuttgart 1897.

Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware nach römischem und gemeinem Recht. Berlin 1883.

John, Die Rechte des Käufers bei Mängeln in der Quantität der Kaufsache. Rostocker Diss. 1899.

Kloss, „Gewährleistung wegen Mängel und Fehler der Kaufsache“ im Sächsischen Archiv Bd. 9.

Kuhlenbeck, Das BGB. Im Auftrage des Vorstandes des deutschen Anwaltsvereins erläutert. Berlin 1899.

Leistner, Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache nach dem BGB. Erlanger Dissertation 1900.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. und 4. Aufl. Berlin 1900.

Mensing, Beiträge zur Lehre vom Wandelungs- und Minderungsanspruch des BGB. Bonner Dissertation 1900.

Motive zum Entwurfe eines BGB. für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Berlin u. Leipzig 1888.

Naefe, Die Gestaltung der Wandelung nach § 467 BGB. Jenenser Dissertation 1900.

Neumann, Handausgabe des BGB Berlin 1899.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse Berlin 1899.

Planik, Das BGB. nebst Einführungsgesetz erläutert in Verbindung mit Dr. Achilles u. a. Berlin 1897 ff.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. Im Auftrage des Reichsjustizamts bearbeitet von Achilles, Gebhard und Spahn. Berlin 1897.

Rossi, Die Haftung für heimliche Mängel der Kaufsache. Erlanger Dissertation 1898.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB. Berlin 1897.

Siméon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche. Handbuch zur Einführung in das BGB. und seine Nebengesetze. 1. und 2. Aufl. Berlin 1901.

Stahl, Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache nach dem BGB. Erlanger Dissertation 1900.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 6. und 7. Aufl. Berlin 1900.

Steinitz, Die Voraussetzungen der Rechte auf Wandelung und Minderung. Breslauer Diss. 1901.

Thöl, Handelsrecht. 6 Aufl. Leipzig 1879.

Wilmowsky und Levy, Civilprozessordnung für das Deutsche Reich. 7. Aufl. Berlin 1895.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl., unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts, bearbeitet von Kipp. Frankfurt a. M. 1900.

Der Kauf ist das im Verkehr weitaus am häufigsten vorkommende Rechtsgeschäft. Es ist daher nur natürlich, dass er zuerst und am eingehendsten eine gesetzliche Regelung gefunden hat.

Eine der wichtigsten und daher am genauesten zu regelnden Fragen ist die, von welcher Beschaffenheit die Kaufsache sein muss, um als vertragsmässige Erfüllung des Kaufes zu gelten, für welche Mängel und Fehler der verkauften Sache der Verkäufer Gewähr zu leisten hat; denn da in den meisten Fällen eine genaue Vereinbarung darüber, von welcher Beschaffenheit die Sache sein soll und welche Rechte dem Käufer bei Nichtvorhandensein dieser Beschaffenheit zustehen sollen, nicht getroffen wird, so greifen fast stets ganz oder teilweise die gesetzlichen Bestimmungen ergänzend Platz.

Eine gerechte und befriedigende Regelung dieser Frage ist sehr schwierig, denn es gilt, zwischen den unmittelbar entgegengesetzten Interessen beider Parteien zu vermitteln: Eine milde Haftung des Verkäufers ruft Unzuverlässigkeit im Geschäftsverkehr hervor und begünstigt die Unredlichkeit des Verkäufers auf Kosten des Käufers; eine hochgesteigerte Haftung dagegen verleiht zwar dem Verkehr grössere

Zuverlässigkeit und veranlasst auch den Verkäufer, mit mehr Redlichkeit beim Kaufe zu verfahren, andererseits aber bietet sie dem Käufer u. U. Gelegenheit, sich von einem ihm jetzt nicht mehr passenden Kaufe loszumachen, indem er Fehler hervorsucht und aus ihnen Rechte herleitet, auf die er bei anderer Sachlage gar kein Gewicht gelegt haben würde z. B. dann insbesondere, wenn infolge irgend welcher Ereignisse seit dem Kaufabschlusse der Preis der Ware gesunken ist. — Es hat daher diese Frage zu verschiedenen Zeiten und in den verschiedenen Rechten eine sehr von einander abweichende Regelung gefunden.

Nach altdeutschem Rechte[1] war eine Haftung des Verkäufers nur bei besonders schweren Mängeln gegeben, und zwar wurde die Frage, was zu den schweren Mängeln zu rechnen sei, nach einem gesetzlich oder gewohnheitsmässig ein für allemal festgestellten Schema bestimmt ohne Rücksicht auf die Sachlage des Einzelfalls. Auch stand dem Käufer bei Vorhandensein eines solchen schweren Mangels — abgesehen von dem Falle der Arglist des Verkäufers, in welchem er auch Schadensersatz verlangen konnte — nur ein Recht auf Rückgängigmachung des Kaufs zu. Durch vorbehaltlose Annahme der mangelhaften Sache verwirkte der Käufer alle ihm zustehenden Ansprüche. — Wir sehen also, dass hiernach die Haftung des Verkäufers sich in äusserst engen Grenzen hielt.

1) Cosack, Bürgerliches Recht Bd. I S. 423.

Ebenso war auch im alten römischen Rechte[2] die Haftung des Verkäufers eng begrenzt. Nach diesem haftete er anfänglich nur für Nichtvorhandensein zugesicherter Eigenschaften. Erst allmählich dehnte man die Haftung weiter aus. Zunächst liess man ihn auch haften, wenn er arglistig ihm bekannte heimliche Mängel verschwieg. Später bestimmten die Ädilen für den Kauf von Sklaven und Vieh, — den wichtigsten aller Waren, die auf dem ihrer Gerichtsbarkeit unterstehenden Markte von Rom zum Verkauf gelangten, — dass der Verkäufer für diejenigen Sachmängel Gewähr zu leisten habe, deren Vorhandensein er nicht ausdrücklich angezeigt hätte. Sie gaben dem Käufer zu diesem Zweck wahlweise die kurz verjährbaren Klagen auf Wandelung des Kaufs (actio redhibitoria) und auf Herabsetzung des Kaufpreises (a. quanti minoris). Neben diesen beiden gab es für die Fälle, in denen der Verkäufer schon nach Civilrecht haftete, nämlich bei Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft bezw. bei Vorhandensein eines Fehlers, dessen Nichtvorhandensein versprochen war, und bei arglistigem Verschweigen eines Mangels die actio emti auf das Interesse.

Durch die Jurisprudenz der Kaiserzeit wurden die Bestimmungen des ädilicischen Edikts auf alle Käufe körperlicher Sachen ausgedehnt und ausserdem wurden wesentliche Erweiterungen geschaffen.[3]

---

2) Vgl. hierüber: Bechmann, der Kauf nach gem. Recht Bd. I S. 192 f.; Hanausek, die Haftung des Verkäufers Bd. I S. 19 ff., 40 ff.; Windscheid, Pandekten Bd. II S. 639 Anm. 1.

3) L. 1 pr., l. 63 D de aed. ed. 21, 1.

Mit der Reception des römischen Rechts in Deutschland wurden auch die römischen Regeln über die Haftung des Verkäufers für Sachmängel übernommen. Jedoch erhielten sich partikularrechtlich vielfach einzelne deutsche Rechtssätze, insbesondere über die Haftung beim Viehkauf.

Das BGB. in den §§ 459 ff. folgt im wesentlichen[4] hierin dem gemeinen Rechte. Für den Viehhandel stellt es Sonderregeln im völligen Anschluss an das deutsche Recht auf. (§§ 481—492)* Durch diese Vorschriften wird der Verkäufer von Vieh bedeutend günstiger gestellt als der Verkäufer anderer Sachen. Inwiefern diese günstigere Behandlung gerechtfertigt ist, wo es doch bekannt ist, dass gerade beim Viehhandel mit weniger Redlichkeit verfahren wird, als bei allen anderen Kaufgeschäften, ist nicht einzusehen, wenn man nicht etwa mit den Motiven zum BGB.[5] besondere praktische Erwägungen entscheiden lässt. [Im altdeutschen Recht bedeutete übrigens die besondere Behandlung des Viehkaufs, wo sie bestand, nicht etwa eine Begünstigung, sondern vielmehr zweckentsprechend eine Verschärfung der Haftung des Verkäufers, da die Haftung desselben bei gewöhnlichen Käufen eine noch mildere war.]

---

4) Gegen diese Charakterisierung: Eccius in Gruchots Beiträgen. Bd. 43 S. 305_1.

*) Wenn im folgenden §§ ohne nähere Bezeichnung citiert sind, so sind stets §§ des BGB. gemeint.

5) Bd. II S. 243 ff.

Von den Sondervorschriften des BGB. über den Viehhandel soll an dieser Stelle nicht weiter die Rede sein, zumal derselbe im Gesetze selbst und in der dazu ergangenen Kaiserlichen Verordnung (betr. die Hauptmängel und die Gewährfristen beim Viehhandel) vom 27. März 1899 eine einigermassen eingehende Behandlung gefunden hat, sondern nur von der Gewährleistung wegen Sachmängel im allgemeinen.

Vorausgeschickt möge noch werden, dass die Vorschriften über die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Sachmängel nach § 493 auch auf alle anderen Verträge entsprechende Anwendung finden, die auf Veräusserung oder Belastung einer Sache gegen Entgelt gerichtet sind, also nicht nur auf den Tausch, auf den nach § 515 überhaupt die Regeln über den Kauf Anwendung finden, sondern auch z. B. auf die Einbringung von Einlagen in eine Gesellschaft die Annahme an Erfüllungsstatt den Lotterievertrag, den Leibrentenvertrag u. s. f.[6]

Zu beachten ist, dass das BGB. im Anschluss an das gemeine Recht, abweichend vom preussischen ALR. scharf scheidet zwischen Rechtsmängeln und Sachmängeln, und dass hier im Abschnitt von der Gewährleistung wegen Mängel der Sache, nur von rein physischen Mängeln die Rede ist.

---

6) Der erste Entwurf behandelte die Gewährleistung wegen Sachmängel überhaupt im allgemeinen Teil des Obligationenrechts, nicht speziell beim Kauf.

I. Umfang der Gewährleistungspflicht.

1. Das BGB. legt dem Verkäufer eine Verpflichtung zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache in zweifacher Weise auf, es lässt ihn einmal ohne weiteres haften für diejenigen Mängel, die nach der Verkehrsanschauung als Fehler gelten, deren Nichtvorhandensein gewöhnlich vorausgesetzt wird, und zum andern für das Nichtvorhandensein besonders zugesicherter Eigenschaften. (§ 459).

Mängel der erstgenannten Art werden in § 459 als solche bezeichnet, „die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder mindern". — Was unter der „Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche" zu verstehen ist, lässt sich nicht einheitlich bestimmen, es richtet sich das vielmehr in jedem einzelnen Falle nach der besonderen Sachlage und nach der Verkehrssitte, der ja das Gesetz selbst in den §§ 157, 242 eine entscheidende Bedeutung beilegt.[7] Daher ist es sehr wohl möglich, dass in einem Falle die Beschaffenheit einer Sache fehlerhaft ist, während unter anderen Umständen ganz dieselbe Sache als durchaus vertragsmässig zu gelten hat, weil sie eben hier für den vertragsmässigen Zweck, dem sie dienen soll, völlig ausreicht. Wenn z. B. jemand Getreide kauft, das er, wie aus den Vertragsverhandlungen hervorgeht, zur Aussaat benutzen will, so liegt, wenn das gekaufte Getreide

7) Cosack, Bd. 1, S. 426.

sich als nicht keimfähig herausstellt, darin ein Mangel, für den der Verkäufer Gewähr zu leisten hat; wird hingegen dasselbe Getreide an einen Bäcker oder Müller verkauft, dann ist darin zweifellos kein Fehler zu sehen.

Häufig wird es sich aus dem Kaufpreise ergeben, dass die beiden Parteien beim Vertragsschluss eine bestimmte Beschaffenheit der Kaufsache im Auge gehabt haben; in diesem Falle muss natürlich die Sache gerade von dieser Beschaffenheit sein. Wenn jemand eine Kiste von 100 Cigarren für 80 Mk. kauft, auch ohne nähere Angabe, dann kann er verlangen, dass es gute Importcigarren sind, nicht etwa Pfälzer oder Eichsfelder. — Hierzu hebt jedoch Cosack[8] sehr richtig hervor, dass man diese Regel nicht etwa in dem Sinne anzuwenden hat, dass die Ware objektiv dem Kaufpreis gleichwertig sein, sondern nur, dass sie die von den Parteien vorausgesetzte, ev. im Kaufpreis zum Ausdruck kommende Beschaffenheit haben muss.

Selbstverständlich ist es, dass der Verkäufer nur für die nach dem Vertrage vorausgesetzte Beschaffenheit der Ware haftet, nicht etwa auch dafür, dass diese den „einseitig gehegten und selbst ausgesprochenen Erwartungen des Käufers entspricht".[9]

Nach gemeinem Rechte hatte in Gemässheit der Bestimmungen des ädicilischen Edikts[10] der Verkäufer nur wegen solcher Mängel Gewähr zu leisten, welche

8) a. a. O.

9) Dernburg. Bürg. Recht Bd. II, 2, S. 50.

10) Proinde si quid tale fuerit vitii sive morbi, quod usum ministeriumque hominis impediat, id dabit redhibitioni locum: L 1 § 8 D de aed. edicto 21,1.

die „normale, bestimmungsmässige Brauchbarkeit“ der Sache erheblich beeinträchtigten. Eine blosse Minderung des Wertes kam hierbei nicht in Betracht.[11] — Nach dem BGB. dagegen haftet der Verkäufer, wie aus dem oben bereits angegebenen Wortlaute sich ergiebt, auch für solche Mängel, die den Wert d. h. den Tauschwert der Sache aufheben oder mindern. Man könnte vielleicht meinen, dass dies nicht viel anderes bedeutet als Minderung der Brauchbarkeit, da sich doch erfahrungsgemäss auch der Tauschwert einer Sache in erster Linie nach der Brauchbarkeit, dem Gebrauchswerte derselben richtet. Allein im Verkehr werden manche Eigenschaften, die auf die Brauchbarkeit oder Verwendbarkeit einer Sache absolut ohne Einfluss sind, dermassen als zu derselben gehörig betrachtet, dass ein Fehlen derselben den Wert der Sache mehr oder weniger erheblich mindert oder gar ganz aufhebt. Aus diesem Grunde ist es von Wichtigkeit, dass das BGB. die Haftung des Verkäufers auch auf solche Mängel ausdehnt, die zwar nicht die Brauchbarkeit, wohl aber den Tauschwert der Sache beeinträchtigen.

Als Fehler ist es auch anzusehen, wenn die gelieferte Sache, sofern es sich um den Kauf einer nur der Gattung nach bestimmten Sache handelt, nicht der Vorschrift des § 243, dass Waren mittlerer Art und Güte zu leisten sind, entspricht.[12]

11) Hanausek, Bd. I, S. 66, 67 f.
12) Cosack, Bd. I, S. 426. Staub, Anm. 34 zu § 377.

Auch Mängel in der Quantität der gelieferten Sache[13] können als Fehler im Sinne des Gesetzes in Betracht kommen, dann nämlich, wenn sie den Wert oder die Tauglichkeit der Sache als solcher zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetztem Gebrauche aufheben oder mindern.[14] Wann dies der Fall ist, ist nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zu entscheiden. —

Eine nur unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit kommt bei den bisher behandelten Mängeln im Gegensatz zu dem im folgenden zu behandelnden Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft gemäss dem Satze des gemeinen Rechts: Minima non curat praetor, nicht in Betracht. (§ 459 Abs. I, Satz 2.)

2. Ausser der Haftung für Fehler, die den Wert oder die Tauglichkeit der Sache beeinträchtigen, trifft den Verkäufer, wie erwähnt, die Verpflichtung, Gewähr zu leisten dafür, dass die Sache die zugesicherten Eigenschaften hat.

Unter „Eigenschaften" hat man alle für die Bewertung der Sache erheblichen Beziehungen derselben zu verstehen. Zu den Eigenschaften gehören nicht nur die körperliche Beschaffenheit, sondern u. a. auch z. B. der Ertrag, die Ertragsfähigkeit der Sache,[15] ebenso auch ihre Verkäuflichkeit.

Wie eine zugesicherte Eigenschaft wird auch die zugesicherte Grösse eines Grundstücks behandelt

13) Vgl. hierüber John, „die Rechte des Käufers bei Mängeln in der Quantität der Kaufsache", Rostocker Diss.; insbes. S. 18 ff.

14) Matthiass, Bürg. Recht Bd, I, S. 497.

15) Dernburg Bd. II, 2, S. 51.

(§ 468 Abs. I), während die Frage, ob und inwieweit die zugesicherte Quantität bei beweglichen Sachen als zugesicherte Eigenschaft zu betrachten ist, der Entscheidung durch die Praxis im Einzelfalle überlassen ist,[16] da nach den Motiven[17] für eine besondere diesbezügliche Regelung kein Bedürfnis besteht.

Auf unrichtige Quantitätszusicherungen, die nach den Anschauungen des Verkehrs „Eigenschaften" der Sache nicht betreffen, finden die Regeln über den Lieferungsverzug des Verkäufers, nicht diejenigen über die Mängelgewährleistungspflicht Anwendung.[18]

Zu den zugesicherten Eigenschaften gehört nach § 494 auch die Probemässigkeit beim Kauf einer Sache nach Probe.

Der Zusicherung des Vorhandenseins einer Eigenschaft steht die Zusicherung des Nichtvorhandenseins (der „Abwesenheit") von Fehlern gleich.[19]

Was als Zusicherung anzusehen ist, lässt sich nicht in abstracto bestimmen: es sind hierfür vielmehr die besonderen Umstände des Einzelfalls ausschlaggebend. Jedenfalls ist aber erforderlich, dass die Zusicherung erkennbar in rechtsverbindlicher Absicht abgegeben ist; es muss jedoch genügen, dass der Käufer sie als in rechtsverbindlicher Absicht abgegeben ansehen durfte.[20] „Verfängliche

16) Vgl. die oben zitierte Abhandlung von John, insbes. S. 6 f., S. 20 f.

17) Motive Bd. II, S. 233.

18) Cosack, Bd. I, S. 442.

19) So ausdrücklich in § 460.

20) Hanausek Bd. I. S. 76.

Ausdrücke, die dem Käufer glauben machen, dass der Verkäufer wirklich verspräche, präjudizieren ihn."[21]

Auch für das Vorhandensein der in öffentlichen Anpreisungen oder Prospekten den betr. Sachen beigelegten Eigenschaften haftet der Verkäufer, wenn jene dem Vertrage zu Grunde gelegt werden; allerdings ist hierbei stets das oben Ausgeführte vorausgesetzt, dass nämlich der Käufer sie als in rechtsverbindlicher Absicht zugesichert ansehen durfte, ohne fahrlässig zu handeln. Das ist aber zweifellos bei den unzähligen, in den überschwenglichsten Ausdrücken gehaltenen, nur zum Zweck der Reklame losgelassenen Ankündigungen nicht der Fall. Bei ihnen will der Verkäufer selbst nicht ernst genommen werden, und kein vernünftiger Mensch wird ihn ernst nehmen.[22]

Es ist auch erforderlich, dass die Zusicherung wenigstens einigermassen bestimmt gehalten ist. Ganz allgemein gehaltene Anpreisungen wie „hochmodern", „unverwüstlich", „beste Qualität" u. dergl. sind rechtlich ohne Bedeutung.[23] [24]

---

21) Thöl, Handelsrecht § 273.

22) Eine blosse Anpreisung zur Empfehlung galt schon nach römischem Rechte nicht als Übernahme der Garantie für ihre Fehlerlosigkeit. Windscheid Bd. II S. 640 [2]. Sh. auch Motive Bd. II S. 225.

23) Cosack Bd. I S. 441 f.. Dernburg Bd. II, 2. S. 51.

24) Ob eine Äusserung, die Sache sei „fehlerfrei", als Zusicherung im Rechtssinne zu gelten hat oder nur als überflüssiges Wiederholen der bereits im Gesetze ausgesprochenen Gewährleistungspflicht, ist aus den Umständen des Einzelfalles zu entnehmen. Die Forderung Thöls § 273 S. 910, dass die Fehler, von denen die Sache frei sein soll, bestimmt benannt werden müssen, geht jedenfalls zu weit.

Dagegen ist nicht erforderlich, dass die Zusicherung gerade ausdrücklich abgegeben wird; es wird vielmehr genügen, wenn der Verkäufer irgendwie bei den Verkaufsverhandlungen die Sache als mit der betr. Eigenschaft behaftet hingestellt hat.[25]

In Fällen, in denen der Kaufvertrag eine bestimmte Form erfordert, wie beim Erbschafts- oder Grundstückskauf, könnte es zweifelhaft sein, ob als Zusicherungen im Sinne des § 459 Abs. II nur solche in Betracht kommen, die in der für den Vertrag gesetzlich vorgeschriebenen Form abgegeben sind, oder auch formlose Nebenabreden. — Treu und Glauben verlangen unbedingt, dass auch letztere nicht wirkungslos sind, und das Gesetz steht dem nicht im Wege.[26]

Wegen des Mangels einer zugesicherten Eigenschaft hat der Verkäufer Gewähr zu leisten ohne Rücksicht darauf, ob der Mangel eine Beeinträchtigung des Wertes oder der Tauglichkeit der Sache herbeiführt. — Der Käufer will dadurch, dass er sich die Zusicherung geben lässt, bewirken, dass er gerade eine Sache mit der zugesicherten Eigenschaft bekommt, und es wird dies in der Regel auch bei Festsetzung des Kaufpreises berücksichtigt werden. Es ist demnach zu präsumieren, dass der Käufer ein Interesse hieran hat und es muss unter allen Umständen, mag die gelieferte Sache ohne die versprochene Eigenschaft weit wertvoller sein als mit

25) Dernburg a. a. O.

26) Ebenso Dernburg Bd. II, 2. S. 51. A. M. Eccius a. a. O. S. 309; Stahl, die Haftung des Verkäufers für Mängel der Kaufsache, Erlanger Diss. 1900 S. 15.

derselben, mag das Interesse des Käufers noch so unvernünftig sein, der Verkäufer unbedingt für das Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaft haften.

Im Anschluss hieran ist es von Wichtigkeit, festzustellen, dass als zugesicherte Eigenschaft auch eine solche anzusehen ist, auf deren Vorhandensein der Käufer schon kraft des Gesetzes sich verlassen kann, wenn dieselbe noch besonders zugesichert ist; denn da das Gesetz an die Zusicherung ausser dem erwähnten Punkte, dass hierbei auch eine unerhebliche Wert- oder Tauglichkeitsminderung in Betracht kommt oder eine solche gar überhaupt nicht vorzuliegen braucht, noch andere weitergehende Folgen knüpft, wie später zu zeigen ist, so ist nicht einzusehen, warum diese weitergehenden Folgen nicht eintreten sollen, wenn der Käufer das Vorhandensein von Eigenschaften, für das er schon kraft Gesetzes haftet, noch besonders verspricht. Der Käufer beabsichtigt doch eben dadurch, dass er sich dies versprechen lässt, die Gewährleistungspflicht des Verkäufers noch intensiver zu gestalten, und der Kaufpreis wird dem entsprechend auch erhöht werden.[27]

Von einer Gewährleistungspflicht des Verkäufers wegen des Nichtvorhandenseins zugesicherter Eigenschaften kann dann keine Rede sein, wenn der Verkäufer eine herstellbare Eigenschaft herzustellen versprochen hat. Eine solche Nebenabrede geht über den Rahmen der Gewährleistung hinaus und muss als besonderer Nebenvertrag betrachet werden, aus dem

27) Ebenso Cosack Bd. I S. 440 I, 1. Staub, Komm z. HGB. Anm. 32 zu § 377.

bei Nichtleistung nicht die Gewährschaftsansprüche erwachsen, sondern nach den allgemeinen Vorschriften ein Anspruch auf Herstellung ev. auf das Interesse gegeben ist.[28]

3. Der Zeitpunkt, in dem die Mängel vorhanden sein müssen, um eine Gewährleistungspflicht des Verkäufers zu begründen, ist vom BGB. gänzlich abweichend vom römischen und gemeinen Rechte, welches den Augenblick des Kaufabschlusses entscheiden liess, geregelt. — Nach dem BGB. § 459 ist der Zeitpunkt des Gefahrübergangs massgebend, d. h. der Zeitpunkt, in dem die Sache dem Verkäufer übergeben, beim Versendungskauf an den Transporteur abgeliefert, beim Grundstückskauf entweder dem Käufer übergeben oder dieser ins Grundbuch eingetragen wird. (Beim aufschiebend bedingten Kauf, z. B. beim Kauf auf Probe geht die Gefahr erst mit dem Eintritte der Bedingung über.[29]) Nur für das Recht auf Schadensersatz wegen Nichtvorhandenseins einer zugesicherten Eigenschaft beim Kauf einer nicht nur der Gattung nach bestimmten Sache ist Voraussetzung, dass der Mangel bereits zur Zeit des Kaufabschlusses vorhanden war. (§ 463).

Dass die Zeit des Gefahrübergangs als massgebender Zeitpunkt gewählt ist, wird von den Motiven[30] damit begründet, dass dies in der Regel

---

28) Vgl. Planck, BGB. Erl. 2 zu § 459 und zu § 460; Eccius a. a. O. S. 309 f; Matthiass a. a. O. Bd. I S. 497.

29) Sh. Planck Erl. 2 c zu § 446.

30) Bd. II S. 234.

der Parteiabsicht und der Verkehrsanschauung entspricht und zur Vereinfachung des Rechts dient.

Da ausschliesslich die Zeit des Gefahrübergangs in Betracht kommt, so ist der Verkäufer haftfrei, wenn ein Mangel, der zur Zeit des Vertragsschlusses vorhanden war, bis zu jenem Zeitpunkt wieder fortfällt, und umgekehrt haftet er, wenn ein Mangel erst nach dem Kaufabschluss entstanden ist. — Wenn ein Mangel, der zur Zeit des Gefahrübergangs vorhanden ist, später und zwar vor der Übergabe der Sache an den Käufer wieder fortfällt, (was z. B. beim Versendungskauf möglich ist,) dann müsste, streng genommen, der Verkäufer dennoch wegen des Mangels Gewähr leisten; allein eine solche Folgerung wäre äusserst unbillig und entspricht nicht dem Zweck der Gewährleistung. Es ist daher mit Dernburg[31] anzunehmen, dass in diesem Falle der Verkäufer haftfrei ist.

4. Was die Beweislast angeht, so hat allgemeiner Regel gemäss der Verkäufer zu beweisen, dass die Sache vertragsmässig, also mängelfrei ist. Nur wenn der Käufer die Sache als Erfüllung angenommen hat, was im Einzelfalle Thatfrage ist, so hat er selbst nach § 363 den Nachweis zu führen, dass die Sache mit Mängeln behaftet ist.

Die Ansicht Cosacks,[32] dass beim Kauf einer individuell bestimmten Sache der Käufer stets beweispflichtig sei hinsichtlich der Mängel, einerlei ob er die Sache angenommen habe oder nicht, ist

31) Bd. II, 2. S. 52.
32) Bd. I S. 439 VII, 1.

nicht zutreffend und der dafür angeführte Grund — die negative Formulierung des § 459 — nicht durchschlagend; auch findet sich m. W. diese Ansicht sonst nirgends vertreten.[33]

Wohl aber trifft natürlich den Käufer die Beweislast in allen Fällen, in denen er besondere vertragliche Abmachungen oder Zusicherungen geltend macht, jedoch auch nur insoweit, als er nachzuweisen hat, dass die Zusicherung wirklich gemacht ist, während es hinsichtlich der Frage, ob die zugesicherte Eigenschaft vorhanden ist, bei der allgemeinen Regel bewendet.[34]

5. Die Haftung des Verkäufers setzt irgend ein Verschulden auf seiner Seite nicht voraus; er haftet auch, wenn er einen Mangel trotz grösster Sorgfalt nicht hat kennen können. —

Nach römischem Rechte hatte der Verkäufer nur für verborgene Mängel einzustehen, d. h. für solche Mängel, die nicht so offenkundig waren, dass der Käufer sie entdecken musste.[35] — Das BGB. kennt diese Beschränkung nicht, wohl aber eine ähnliche. Der Verkäufer hat grundsätzlich wegen aller Mängel, auch der offenkundigen Gewähr zu leisten. Jedoch fällt die Gewährleistungspflicht nach § 460 Abs. 1 fort, wenn der Käufer den Mangel beim Kaufabschluss wirklich gekannt hat, und zwar

---

33) Ebenso Endemann, Bürg. Recht § 161, 4; Dernburg Bd. II, 2. S. 52 V.

34) Dernburg a. a. O.

35) Windscheid Bd. II S. 641$_6$.

einerlei ob es sich um kraft Gesetzes zu vertretende Fehler handelt oder um Nichtvorhandensein zugesicherter Eigenschaften. Nach dem Wortlaut des Gesetzes, das unter Mängeln der Sache stets beide Arten von Mängeln versteht, kann dies keinem Zweifel unterliegen; auch ergiebt sich aus dem Gegensatz zu Satz 2 des § 460, wo ausdrücklich nur von Mängeln der in § 459 Abs. 1 bezeichneten Art die Rede ist, dass in Satz 1 beide Arten von Mängeln gemeint sind.[36]

Der Verkäufer ist also seiner Haftpflicht für kraft Gesetzes zu vertretende Fehler und für das Fehlen zugesicherter Eigenschaften entbunden, wenn der Käufer beim Kaufabschluss den Mangel kannte, und zwar selbst dann, wenn der Mangel vom Verkäufer arglistig verschwiegen ist. (Letzteres ergiebt sich als arg. e contr. aus § 460 Satz 2).[37]

Die Haftung für kraft Gesetzes zu vertretende Fehler fällt auch fort, wenn der Käufer zwar den Mangel nicht gekannt hat, ihn aber, ohne sich grober Fahrlässigkeit schuldig zu machen, hätte kennen müssen. (§ 460 Satz 2). Wann grobe Fahrlässigkeit vorliegt, muss im Einzelfall aus den besonderen Umständen entnommen werden. Man hat darunter ein Verschulden zu verstehen, dass auch abgesehen von der im Verkehr üblichen Sorgfalt unter allen Umständen zu tadeln ist. — Sie wird meistens dann

---

36) A. M.: Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse S. 14; vgl. dagegen Stahl a. a. O. S. 9 ff., S. 17.

37) Vgl. Stahl S. 17; Leistner, Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache. Erlanger Diss. S. 19.

insbesondere anzunehmen sein, wenn der Käufer es leichtsinnig unterlassen hat, die Kaufsache, obwohl sie bei der Hand war, zu besichtigen, vor allen, wenn es sich um wertvollere Gegenstände handelt, die man nicht ohne vorherige Besichtigung zu kaufen pflegt.[38] Unter Umständen wird dieselbe Handlungsweise bei dem einen nicht als grobe Fahrlässigkeit zu betrachten sein, wohl aber bei einem andern, der über besondere Sachkenntnis verfügt.

Es ist jedoch wohl zu beachten, dass grobfahrlässige Nichtkenntnis des Käufers, wie erwähnt, die Haftung des Verkäufers nur hinsichtlich der von demselben kraft Gesetzes zu vertrenden Sachfehler ausschliesst. Es ist nicht der Fall beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft oder beim Vorhandensein eines Fehlers, dessen Abwesenheit versprochen war. In diesen Fällen ist der Verkäufer nur haftfrei, wenn der Käufer den Mangel thatsächlich gekannt hat, sonst nicht, mag es noch so nachlässig, geradezu frevelhaft leichtsinnig von diesem sein, sich auf die Zusicherung zu verlassen.

Aber auch wenn der Käufer beim Kaufabschluss gewusst hat, dass die Sache die zugesicherten Eigenschaften nicht hat, so wird das doch in sehr vielen Fällen nicht die Pflicht des Veräusserers, für das Fehlen derselben aufzukommen, aufheben, denn es ist dann häufig die Zusicherung so aufzufassen, dass der Verkäufer hat versprechen wollen, die Eigenschaft noch herzustellen bezw. den Fehler zu be-

38) Dernburg Bd. 2 S. 53.

seitigen. (Es kann in diesem Falle jedoch nicht von einer Gewährleistungspflicht im engeren Sinne die Rede sein [vgl. S. 20], sondern auf Grund dieses Versprechens steht dem Käufer nur ein allgemeiner Anspruch auf Herstellung ev. auf das Interesse zu.)

Und nicht nur hier, sondern bei allen Sachmängeln überhaupt wird vielfach in Fällen, wo der Mangel sich beseitigen lässt, auch wenn der Käufer den Mangel kennt, stillschweigend zu unterstellen sein, dass der Fehler noch vom Verkäufer beseitigt werden soll, da dies im Verkehr eben als selbstverständlich angesehen wird,[39] z. B. wenn eine ganze Zimmereinrichtung neu gekauft wird und an einem Tisch oder Stuhl ein Bein abgebrochen ist, das auf demselben liegt.

Die Regel, dass die Haftung des Verkäufers für solche Mängel, für deren Nichtvorhandensein er ohne Zusicherung kraft Gesetzes einzustehen hat, dadurch aufgehoben wird, dass der Käufer infolge grober Fahrlässigkeit den Mangel nicht kennt, erleidet eine Ausnahme, dann nämlich, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. (§ 460 am Ende) In diesem Falle ist er nicht haftfrei.

„Arglistiges" Verschweigen bedeutet Wissen des Verkäufers von dem Mangel, Wissen, dass derselbe dem Käufer bisher unbekannt geblieben ist, und Verschweigen des Mangels in der Absicht, den Gegner zu täuschen, in der Erwartung, jener werde den Mangel nicht entdecken und deswegen die Sache

39) Ebenso Cosack Bd. I S. 426, 3a.

anstandslos behalten, während er bei Kenntnis des Mangels dies nicht thun würde. — Blosses Verschweigen in Kenntnis des Mangels genügt nicht. Dagegen sind besondere Manipulationen seitens des Verkäufers, um die Prüfung der Sache zu erschweren, oder die Absicht, den Käufer durch den Mangel boshaft zu schädigen, wie Cosack[40] verlangt, nicht erforderlich.

Die Arglist braucht nicht gerade von dem Verkäufer persönlich verübt zu sein, es genügt auch, wenn sie von einer Person ausgeht, für deren Handlungen er haftet, also von seinem gesetzlichen Vertreter oder von Gehülfen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient. (§ 128).[41]

Die Beweislast hinsichtlich des zuletzt Behandelten regelt sich einfach: Der Verkäufer hat zu beweisen, dass der Käufer den Mangel beim Kaufabschluss gekannt hat, bezw. dass er ihn ohne grobe Fahrlässigkeit hätte kennen müssen. Der Käufer hat gegebenenfalls die Arglist des Verkäufers nachzuweisen.

6. Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers wegen Sachmängel fällt fort, wenn die Sache in öffentlicher Versteigerung auf Grund eines Pfandrechts unter der Bezeichnung als Pfand verkauft wird (§ 461.) Verkauft der Pfandgläubiger die Sache aus freier Hand, so haftet er wie jeder andere Verkäufer, wenn er die Haftung nicht ausdrücklich ausgeschlossen hat.[42]

40) Bd. I S. 427 c.
41) Vgl. hierüber Staub Anm 127 zu § 377.
42) Dernburg Bd. II, 2 S. 54.

Bei Veräusserung einer Sache auf Grund der Pfändung steht dem Erwerber wegen eines Mangels der veräusserten Sache ein Anspruch auf Gewährleistung nicht zu.[43] Dasselbe gilt im Falle der Zwangsversteigerung eines Grundstücks.[44]

Es ist eine Streitfrage, ob diese Bestimmungen sich nur auf vom Verkäufer kraft Gesetzes zu vertretende Fehler beziehen oder ob davon alle Sachmängel, also auch der Mangel einer zugesicherten Eigenschaft betroffen werden. — Goldmann-Lilienthal und Eccius[45] sind der Ansicht, dass die obigen Vorschriften sich auf alle Mängel beziehen. Sie haben zweifellos für sich den Wortlaut des Gesetzes, das schlechthin von „Mängeln der Sache" spricht, unter denen es sonst stets auch das Fehlen zugesicherter Eigenschaften versteht. Allein bei eingehender Erwägung ergiebt sich mit Notwendigkeit der Schluss, dass die andere Ansicht dennoch die richtigere ist. Wenn bei einer Versteigerung irgend welche Zusicherungen hinsichtlich der zu versteigernden Sache gemacht werden, so hat dies den Zweck, die Vorzüge der Sache hervorzuheben und dadurch ein günstigeres Ergebnis, einen höheren Erlös, als sich ohne die Zusicherung ergeben würde, zu erzielen, und dies gereicht sowohl dem Pfandgläubiger als dem Schuldner zum Vorteil. Es ist kein Grund einzusehen, weswegen man diese Möglichkeit aus-

---

43) CPO. § 806.

44) Zwangsversteigerungsgesetz vom 24. III. 97, § 56.

45) Goldmann u. Lilienthal, das BGB. S. 152 c. Eccius a. a. O., S. 313.

schliessen sollte. Ausserdem wäre es recht unbillig, wenn man den Käufer, der sich darauf verlässt und verlassen darf, — man kann nicht verlangen, dass jedermann solche specielle, noch dazu bestrittene Gesetzesbestimmungen kennt, — dass die Sache die zugesicherten Eigenschaften hat, und der durch die Annahme jener Ansicht gänzlich ohne Grund arg-geschädigt werden würde, ohne Schutz liesse. Dies kann nicht die Absicht des Gesetzes sein. Ausser dem Sprachgebrauch desselben lässt sich auch kein überzeugender Grund für die andere Meinung anführen.[46]

II. Rechtsbehelfe des Käufers wegen Sachmängel.

1. Allgemeine Skizzierung.

Ist die verkaufte Sache mit einem Mangel behaftet, den der Verkäufer nach den bisher behandelten Regeln zu vertreten hat, dann kann der Käufer zunächst wie jeder, der eine Leistung zu fordern hat, wenn dieselbe nicht vertragmässig bewirkt wird, solange er die Sache noch nicht angenommen hat, deren Annahme verweigern und hat alsdann alle Rechte, die ihm zustehen würden, wenn die Sache überhaupt nicht geliefert wäre.[47]

---

46) Ebenso Plauck, Erl. 1 zu § 461. Dernburg, Bd. II, 2, S. 54. Vgl. auch Leistner a. a. O., S. 23 f.

47) Cosack, Bd. I, S. 428 II_1.

Ausserdem hat der Käufer die eigentlichen Gewährschaftsansprüche und zwar einmal das Recht auf Wandelung, das ihm bei Vorliegen der unter I aufgeführten Voraussetzungen — abgesehen von einer Ausnahme — stets zusteht. Von diesem Anspruch soll unter 2 weiter unten näher gehandelt werden.

Zweitens gehört hierzu der Anspruch auf Minderung, der ebenfalls immer gegeben ist. Näheres hierüber unter 3.

Unter gewissen Voraussetzungen hat der Käufer noch einen dritten Gewährleistungsanspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Nähere Ausführung über dies Recht unter 4.

Diese drei Rechte sind nicht wie im preussischen allgemeinen Landrecht davon abhängig, dass der Verkäufer ausserstande ist, den Mangel zu beseitigen, bezw. die zugesicherte Eigenschaft herzustellen.[48]

Sie sind wahlweise nebeneinander gegeben, und zwar steht die Wahl unter ihnen nur dem Käufer zu, niemals dem Verkäufer.

Von welchem Zeitpunkte an die Gewährleistungsansprüche dem Käufer zustehen, ist bestritten. — Dernburg[49] ist der Ansicht, dass der Käufer diese Ansprüche nur vom Gefahrübergange an hat, nicht schon vorher, insbesondere auch nicht im Falle der Annahmeverweigerung, ausser beim Versendungskauf. Cosack[50] giebt ihm die Ansprüche, auch wenn er die Annahme verweigert, in allen Fällen.

48) Motive Bd. I, S. 227.
49) Bd. II, 2, S. 55.
50) Bd. I, S. 428 II, 1.

Nach Eccius[51] entstehen die Gewährleistungsansprüche nicht erst mit dem Gefahrübergang, sondern bereits mit dem Kaufabschluss; sie können sogar entstehen, ohne dass die Gefahr überhaupt auf den Käufer übergeht, z. B. wenn die Annahme der Sache verweigert wird. — Letztere Ansicht erscheint als die richtigere, denn wie Eccius zutreffend bemerkt, ist der Vertragsschluss die Grundlage der Ansprüche. Es ist kein Grund einzusehen, weshalb nicht bereits vor dem Gefahrübergang der Käufer die Gewährleistungsansprüche haben soll, wenn es bestimmt feststeht, dass die Lieferung der Sache in mangelfreiem Zustande nicht möglich ist. Der § 459 steht dem nicht entgegen; er will nur den Zeitpunkt bestimmen, in dem die Mängel vorhanden sein müssen, um überhaupt die Gewährleistungspflicht zu begründen, dagegen kann man keinesfalls aus ihm entnehmen, dass dadurch auch der Zeitpunkt, in dem frühstens die Ansprüche auf Gewährleistung dem Käufer erwachsen, festgesetzt werden soll.

Die Gewährleistungsansprüche stehen dem Käufer nicht zu, wenn der Verkäufer, sei es vorsätzlich oder fahrlässig, anstatt der gekauften Sache eine ganz andere geliefert hat, sondern nur, wenn die gelieferte Sache auch wirklich die gekaufte ist, aber mit Mängel behaftet.[52]

Ist ein Mangel der Kaufsache nach dem Vertragsschluss, aber vor dem Gefahrübergange entstanden,

51) a. a. O. S. 315.
52) Ebenso Cosack Bd. I S. 439 VI.

dann greifen die allgemeinen Regeln über die Unmöglichkeit der Leistung bei gegenseitigen Verträgen (§§ 323—325) Platz. Der Käufer kann einmal die Gewährleistungsansprüche geltend machen, indem er sich darauf beruft, dass der Mangel zur Zeit des Gefahrübergangs vorhanden war. Beruht jedoch der Mangel auf einem Umstande, den der Käufer selbst zu vertreten hat, so ergiebt sich aus § 324, dass ihm in diesem Falle seine Gewährleistungsrechte nicht zustehen können. — Ist der Mangel durch Umstände herbeigeführt, die weder vom Verkäufer noch vom Käufer zu vertreten sind, so steht dem letzteren neben den Gewährleistungsansprüchen das Recht zu, gemäss § 323 sich darauf zu berufen, dass sich seine Gegenleistung ipso iure verhältnismässig mindert.

Ist endlich der Mangel auf einen Umstand zurückzuführen, den der Verkäufer zu vertreten hat, dann hat der Käufer ausserdem die Rechte des § 325. Er kann also Schadensersatz wegen teilweiser Nichterfüllung fordern oder er kann, wenn er an der teilweisen Erfüllung des Vertrages kein Interesse hat, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen oder vom Vertrage durch einseitige Erklärung zurücktreten.[53]

Entstehen nach dem Gefahrübergang durch Verschulden des Verkäufers Mängel, so hat der Käufer nicht die Gewährschaftsansprüche, sondern nur die allgemeinen Rechte aus § 323 ff, und auch

53) Vergl. Kipp in Windscheid's Pandekten 8. Aufl. Zus. zu 395 I, 2 d.

dies nur, wenn der Verkäufer ihm noch als Vertragspartei gegenübersteht z. B. beim Versendungskauf bis zur Übergabe. Andernfalls haftet er nur nach § 823 ff wegen unerlaubter Handlungen.

Hat sich der Käufer beim Kaufabschluss im Irrtum über eine im Verkehr als wesentlich angesehene Eigenschaft der Kaufsache befunden, so kann er nach § 119 den Kauf anfechten durch einseitige Erklärung, ist jedoch dem Verkäufer alsdann zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses nach § 122 verpflichtet, sodass er besser thun wird, zu wandeln.[54]

Ebenso hat der Käufer, wenn er durch arglistige Täuschung seitens des Verkäufers über Eigenschaften der Kaufsache zum Abschluss des Vertrages bewogen ist, das Recht, auf Grund davon den Kauf anzufechten gemäss § 123[55] und zwar durch einseitige Erklärung. Er kann in diesem Falle Schadensersatz nach den §§ 823 ff wegen unerlaubter Handlungen fordern. Im allgemeinen wird er sich jedoch auch hierbei besser dabei stehen, die Gewährschaftsansprüche geltend zu machen, da bei diesen die Verjährung eine dreissigjährige ist im Falle der Arglist, während die Anfechtung in Jahresfrist zu erfolgen hat und ausserdem hier eine Rückforderung nur nach den Vorschriften über die Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung gegeben ist.

Andere Rechte als die bisher benannten hat der Käufer nicht, insbesondere kann er nicht verlangen,

54) Kipp a. a. O. S. 655.
55) Planck Erl. 3 zu § 463.

dass der Verkäufer den Mangel beseitigt, die Sache ausbessert. Anderer Ansicht ist Schollmeyer,[56] welcher dem Käufer ein Recht auf „Erfüllung also Nachbesserung“ giebt. Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen, da das Gesetz durch Nichterwähnung dies Recht zweifellos hat stillschweigend beseitigen wollen.[57] Kraft Gesetzes giebt es eine Nachbesserungspflicht für den Verkäufer nicht; sie kann natürlich vertragsmässig vereinbart sein. Eine Ausnahme von der Regel besteht insofern, als in allen den Fällen, in denen ein Anspruch auf Schadensersatz gegeben ist, in erster Linie nach § 249 Naturalherstellung und somit, soweit möglich, Nachbesserung der mangelhaften Sache gefordert werden kann. —

Eine andere Frage, als die soeben behandelte, ist die, ob der Verkäufer ein Recht hat, dem Käufer Nachbesserung anzubieten. Von Endemann[58], Eccius[59], Staub[60], wird diese Frage verneint[61], von letzterem mit der Begründung, dass aus der Nichterwähnung dieses Rechts im Gesetze zu schliessen sei, dass letzteres ein solches Recht nicht habe anerkennen wollen.

Dagegen lässt sich anführen, dass in den Motiven zum I. Entwurf[62] ausdrücklich gesagt ist,

---

56) S. 15, 16

57) Ebenso Planck Erl. 4 zu § 462; Cosack Bd. I S. 439 V 1; Kipp a. a. O. S. 654.

58) S. 161 Note 20.

59) a. a. O. S. 316.

60) Anm. 43 zu § 377.

61) S. auch Leistner S. 80 ff.

62) Bd. II. S. 227.

dass unter Umständen dem Veräusserer das Recht zuzusprechen sei, durch Beseitigung des Mangels die Ansprüche des Käufers auszuschliessen. Gegen diese letztere Ausführung spricht auch nicht der Umstand, dass in der zweiten Kommission[63] ein Antrag, der Verkäufer könne Wandelung und Minderung durch unverzügliche Beseitigung des Mangels abwenden, abgelehnt ist; denn damit ist nur gesagt, dass nicht in jedem Falle, ohne Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalls dem Verkäufer dies Recht zustehen soll, dagegen hat dies keineswegs die Bedeutung, dass dem Verkäufer überhaupt das Recht zur Nachbesserung abgesprochen wird. Vielmehr ist demselben in allen Fällen, in denen dem Mangel abgeholfen werden kann, das Recht zur Beseitigung desselben zuzusprechen, wenn nicht etwa Treu und Glauben es als für den Käufer unbillig erscheinen lassen, sich darauf einzulassen. — Das Anerbieten zur Nachbesserung hat natürlich unverzüglich zu erfolgen, widrigenfalls es ohne weiteres vom Käufer zurückgewiesen werden kann, denn sonst würde durch diese Bestimmung, die doch nur den Zweck hat, das Interesse des Verkäufers in gewisser Weise zu wahren, ohne dabei das des Käufers zu beeinträchtigen, eine unzulässige Schädigung des letzteren herbeigeführt werden können.

Wollte man dies Recht zur Nachbesserung dem Verkäufer absprechen, so würde man ihn, der die Sache doch immerhin, wenn auch mangelhaft

63) S. Protokolle Bd. I S. 967 f.

geliefert hat, schlechter stellen als denjenigen, der die Sache überhaupt nicht geliefert hat; dem letzteren gegenüber hat der Käufer das Recht auf Zurückweisung der Ware ohne weiteres nur, wenn er an der nachträglichen Lieferung kein Interesse mehr hat, sonst nur nach Setzung einer Frist zur Nachlieferung, während man dem Käufer, dem eine mangelhafte Sache geliefert ist, die Zurückweisung derselben ohne weiteres gestattet. Zu dieser Härte ist ein Grund nicht einzusehen.[64]

2. Das Recht auf Wandelung.

Das Recht auf Wandelung ist dem Käufer gegeben, wenn, wie oben näher ausgeführt, die Sache zur Zeit des Gefahrübergangs mit einem Mangel behaftet ist, der die Tauglichkeit oder den Wert derselben nicht unerheblich mindert, oder wenn sie die zugesicherten Eigenschaften nicht hat, und zwar steht es ihm in diesen Fällen stets zu. (§ 462). Nur eine Ausnahme hiervon wird von dem Gesetze in § 468 Satz 2 gemacht. Hiernach kann der Käufer wegen des Mangels der zugesicherten Grösse eines Grundstücks im allgemeinen Wandelung nicht verlangen, sondern nur, wenn der Mangel so erheblich ist, dass die Erfüllung des Vertrags für den Käufer kein Interesse hat, z. B. wenn ein Grundstück, das

64) Das Recht des Verkäufers auf Nachbesserung wird anerkannt von Cosack Bd. I S. 439 V, 2; Oertmann. Recht d. Schuldverh. Anm. z. § 462; Kipp a. a. O. Zus. z. § 395 I, 2c Matthiass Bd. I S. 498.

zu dem Zwecke gekauft ist, um eine Anlage darauf zu errichten, infolge des Mangels der zugesicherten Grösse für die Herstellung dieser Anlage zu klein ist.

Konstruktion des Rechts.

Die Konstruktion des Wandelungsanspruchs im BGB. ist in letzter Zeit Gegenstand lebhaften Streites geworden.

Die Mehrheit der 2. Kommission zur Bearbeitung des BGB.[65] legt ausgesprochenermassen unter gänzlicher Änderung des I. Entwurfs hier eine bestimmte Theorie zu Grunde. Hiernach ist die Wandelung ein auf Aufhebung des Kaufs gerichteter Vertrag. Der Käufer kann vom Verkäufer verlangen, dass er sich mit der Rückgängigmachung des Kaufs einverstanden erklärt. Letzterer ist verpflichtet, den vom Käufer an ihn gerichteten Vertragsantrag auf Aufhebung des Kaufs anzunehmen und dadurch den Vertrag zum Abschluss zu bringen. Weigert sich der Verkäufer, dann muss der Käufer gegen ihn auf Abschluss des Wandelungsvertrages klagen. Ist er rechtskräftig hierzu verurteilt, dann gilt seine Annahmeerklärung damit als abgegeben[66] und der Vertrag ist geschlossen. Auf Grund dieses Wandelungsvertrages kann alsdann der Käufer die Zahlung des Kaufpreises verweigern, und falls dieser bereits ge-

65) Komm.-Prot. Bd. I S. 68.
66) CPO. § 894.

zahlt ist, denselben zurückfordern, wobei er seinerseits die Herausgabe der Kaufsache anbieten muss.

Das ist in den Grundzügen die Theorie, von der die zweite Kommission bei Regelung dieser Materie ausging und die auch von den meisten Schriftstellern angenommen ist.[67] In letzter Zeit wird jedoch diese Konstruktion vielfach und zwar hauptsächlich von Praktikern als verfehlt angegriffen,[68] und mit Recht. Sie ist eine juristische Abnormität und führt zu unerträglichen Konsequenzen. Nach dieser Konstruktion ergeben sich die Rechte des Käufers aus der Wandelung erst aus einem von ihm mit dem Verkäufer abgeschlossenen Vertrage. Zugleich verpflichtet das Gesetz den Verkäufer, diesen Vertrag abzuschliessen, stellt aber die Rechte, die dem Käufer zustehen sollen, unabhängig davon fest, sodass der Inhalt des Vertrages, ehe er geschlossen ist, schon feststeht. Die Geltendmachung der Rechte des Käufers aus der Wandelung ist also von einem Vertrage abhängig, zu dessen Abschluss der Verkäufer verpflichtet und dessen Inhalt

---

67) So insbesondere Planck Erl. 3 zu § 462; Kuhlenbeck, BGB. Anm. z. § 465; Neumann, das BGB. Anm. 2b z. § 462; Schollmeyer S. 16; Siméon, Recht und Rechtsgang Bd. I S. 272; weniger entschieden Dernburg Bd. II, 2 S. 57, 58 Anm. 11; zweifelnd Endemann Bd. I, § 161 Anm. 13. Vgl. auch die bereits zitierten Aufsätze von Flechtheim, Stahl, Leistner, Rossi, Balcke, Naefe.

68) Insbesondere von Eccius a. a. O. S. 320 ff., Matthiass S. 499 f.; Staub Anm. zu § 377. Vgl. auch die vorn angeführten Dissertationen von Ehrlich, Mensing, Steinitz.

schon vorher bestimmt ist: Welchen Zweck hat es da, diese umständliche Form des Vertragsschlusses zu wählen!

Da es sich um einen Vertragsschluss handelt, so sind auch die Regeln des Allgemeinen Teils des BGB. über die Verträge anzuwenden; es ist demnach der Käufer, da in seinem Verlangen an den Verkäufer auf Zustimmung ein Vertragsantrag gesehen werden muss, nach § 145 an diesen Antrag innerhalb der Antragsfrist gebunden, wenn er dies nicht ausdrücklich ausgeschlossen hat.[69] Diese Konsequenz steht aber im Gegensatz zu der Absicht des Gesetzes, dass offenbar dem Käufer bis zur endgültigen Vollziehung der Wandelung das Recht, von der getroffenen Wahl abzugehen, wahren will, denn hierdurch würde das Recht zum Entschlusswechsel arg beschnitten.[70]

In den Kommissions-Protokollen ist gesagt, dass der Käufer zugleich mit dem Anspruch auf Zustimmung zu dem Wandelungsvertrage „selbstverständlich" auch die sich aus dem letzteren ergebenden Rechte geltend machen könne. — Diese als selbstverständlich hingestellte Behauptung entbehrt völlig der Begründung. — Durch den Wandelungsvertrag soll, wie die vom Gesetze zur Erläuterung des Begriffs „Wandelung" gebrauchten Worte „Rückgängigmachung des Kaufs" besagen, der Kaufvertrag unter den Parteien aufgehoben und, soweit bereits

69) So auch Planck Erl. 1 z. § 465; Balcke S. 53. — Leistner S. 37, 38 dagegen ist der Ansicht, dass der Käufer nicht an seinen Antrag gebunden ist, ohne dies jedoch näher zu begründen.

70) Vgl. Dernburg Bd. II, 2 S. 59.

aus dem Vertrage geleistet ist, eine Rückleistungsverbindlichkeit begründet werden. Diese Rückleistungsverbindlichkeit beruht ausschliesslich auf dem Wandelungsvertrage, und nur auf Grund desselben können die Ansprüche auf Rückzahlung des Kaufpreises etc. geltend gemacht werden, d. h. sie können nur geltend gemacht werden, wenn entweder der Verkäufer dem Vertrage zugestimmt hat oder zur Zustimmung rechtskräftig verurteilt ist.[71] Man kann demnach mit Recht sagen, dass „selbstverständlich" die Ansprüche auf Abschluss des Wandelungsvertrages und auf Rückleistung des bereits auf Grund des Vertrages Geleisteten nicht zusammen geltend gemacht werden können.

Dies ist aber eine in der Praxis unerträgliche Konsequenz, und dass ein Bedürfnis für sofortige Geltendmachung der Rückleistungsansprüche besteht, hat die 2. Kommission selbst schon anerkannt durch die oben erwähnte Ausführung über die Möglichkeit der gleichzeitigen Geltendmachung des Anspruchs auf Abschluss des Wandelungsvertrages und der sich aus diesem Vertrage ergebenden Ansprüche. In vielen Bearbeitungen setzt man sich über die juristische Unmöglichkeit der Verbindung dieser Ansprüche hinweg mit unzulänglicher Begründung[72] oder ohne eine solche überhaupt anzugeben.[73]

---

71) So auch Dernburg Bd. II, 2 S. 58; Matthiass Bd. I, S. 500.

72) Gegen die von Neumann Anm. 2 b zu § 462 versuchte Begründung vgl. Eccius a. a. O. S. 320, 321. Nicht zu billigen ist auch die Ausführung Flechtheims a. a. O. S. 73 ff, dass die Nativität des Anspruchs auf Rückleistung etc. nicht hinter,

Aber auch wenn man die Möglichkeit einer gleichzeitigen Geltendmachung annehmen wollte, ergeben sich Schwierigkeiten hinsichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit des Urteils. Die Zustimmungserklärung des Verkäufers gilt erst als abgegeben und der Vertrag damit als geschlossen, wenn er rechtskräftig verurteilt ist. Wie ist da eine vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils, durch das der Verkäufer zur Erfüllung der sich aus diesem noch nicht geschlossenen Vertrage ergebenden Verpflichtungen verurteilt wird, denkbar! — [Auch Planck[74], der die gleichzeitige Geltendmachung der Ansprüche für möglich hält, spricht sich in diesem Sinne aus.] Aber auch für die Möglichkeit der vorläufigen Vollstreckbarkeit eines solchen Urteils besteht in der Praxis eine dringende Notwendigkeit.[75]

Eine weitere Schwierigkeit bei der von der herrschenden Meinung angenommenen Konstruktion der Wandelung besteht darin, wie man die Einrede der Wandelung gegen die Klage des Verkäufers auf Zahlung des Verkaufspreises konstruieren will.[76] Gänzlich widersinnig ist hier die Ansicht

---

sondern in der Rechtskraft des Urteils auf Einwilligung in die Wandelung liege und daher der in diesem Augenblick als judizierend zu denkende Richter nicht nur zur Abgabe der Willenserklärung, sondern zugleich auch zur Erfüllung der hierdurch entstandenen Verpflichtungen verurteilen könne.

73) Kipp a. a. O. S. 656ff; Goldmann-Lilienthal S 153 f.

74) Erl. 2h zu § 467; ebenso Flechtheim a a. O. S. 76.

75) Bestritten von Flechtheim a. a. O; s. dagegen Eccius a. a. O. S. 332; Staub Anm. 46 zu 377.

76) S. insbes. Flechtheim a. a. O. S. 82 ff, der zur Begründung der Wandelungseinrede das Chikaneverbot des § 226 heranzieht.

Neumanns[77], der dem Käufer nicht das Recht, die Zahlung zu verweigern, sondern nur das Recht der Zurückbehaltung bis zum Abschluss des Wandelungsvertrages giebt; es müsste hiernach doch ein Urteil ergehen auf Zahlung des Preises Zug um Zug gegen Abschluss eines Vertrages auf Grund dessen der Käufer die Zahlung verweigern kann.

Alle diese Anomalien und Schwierigkeiten ergeben sich aus der von der 2. Kommission und der herrschenden Meinung angenommenen Konstruktion des Rechts auf Wandelung als eines Rechts auf Abschluss des Wandelungsvertrages. Ohne diese Theorie gelangt man zu weit vernünftigeren und brauchbareren Resultaten. -- Und so liegt die Frage nahe, ob man wirklich vom Gesetze zur Annahme dieser Konstruktion gezwungen wird.

Dass die 2. Kommission diesen Standpunkt vertritt, ist, wie oben ausgeführt, zweifellos. Damit ist jedoch keineswegs gesagt, dass auch das Gesetz selbst sich auf diesen Standpunkt stellt; für dessen Auslegung ist die Ansicht der Kommission durchaus nicht allein massgebend und es ist nur zu prüfen, ob der Wortlaut des Gesetzes zu dieser theoretischen Konstruktion zwingt, ob es der Kommission wirklich gelungen ist, jene unanfechtbar in das Gesetz hineinzubringen.

In einem Falle lässt das Gesetz selbst die Wirkungen der Wandelung ohne einen Wandelungsvertrag zu; nämlich in § 478 ist bestimmt, dass der

---

77) a. a. O.

Käufer unter gewissen Voraussetzungen „auch" nach Vollendung der Verjährung die Zahlung des Kaufpreises auf Grund der Wandelung verweigern kann. Wenn er dies „auch" nach Vollendung der Verjährung kann, so wird er es umsomehr vor Vollendung derselben können.[78] Er kann somit die Zahlung des Kaufpreises verweigern, ohne dass der Vertrag zur Herbeiführung der Folgen der Wandelung geschlossen zu sein braucht. Das Recht zur Weigerung der Kaufpreiszahlung entspricht hier nicht einem Anspruch auf Abschluss des Wandelungsvertrages, sondern dem Anspruch, dass sich der Verkäufer in Ausführung der Wandelung d. i. der Rückgängigmachung des Kaufs der Geltendmachung irgend eines seiner Rechte aus demselben enthalte.[79]

Hiernach steht es fest, dass die Konstruktion der herrschenden Meinung im Gesetze jedenfalls nicht ganz folgerichtig durchgeführt, vielmehr wenigstens in diesem einen Falle durchbrochen ist.

Sehen wir uns nun die Bestimmung an, durch welche diese Konstruktion zur zwingenden Rechtsregel gemacht werden sollte. Es ist dies der § 465, in dem es heisst: „Die Wandelung oder die Minderung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt." Aus dieser Bestimmung ergiebt sich keineswegs zwingend, dass die Wandelung nur durch Vertrag sich vollzieht. Dieselbe will vielmehr nur besagen, dass der Käufer solange von der von ihm unter den Gewährschafts-

78) Matthiass a. a. O.
79) Vergl Eccius a. a. O. S. 325.

ansprüchen getroffenen Wahl abgehen kann, bis der andere Teil sich mit dem gewählten Anspruch einverstanden erklärt. Das ergiebt sich schon aus der Fassung des §; sollte dadurch festgestellt sein, dass die Wandelung sich nur durch Vertrag vollzieht, so müsste es heissen: Die Wandelung „wird vollzogen etc.“; aus dem Umstande aber, dass es heisst: Die Wandelung „ist“ vollzogen, lässt sich entnehmen, dass damit nur ein Zeitpunkt hat festgestellt werden sollen, indem der Käufer das Recht zum Entschlusswechsel verliert.[80] — Man kann der obigen Bestimmung ebenso gut das Wörtchen „auch“ als das Wörtchen „nur“ einschieben. Letzteres ist erforderlich, um die von der Kommission beabsichtigte Konstruktion aus der Bestimmung zu rechtfertigen; fügt man ersteres hinzu, so ergiebt sich eklatant, dass das Gesetz eine ganz andere, weit brauchbarere Konstruktion zulässt. Es heisst alsdann, dass die Wandelung ausser durch Urteil auch durch Einverständniserklärung vollzogen wird. Das ist an sich zwar selbstverständlich, sodass es keiner besonderen Erwähnung im Gesetze bedurft hätte, letztere rechtfertigt sich aber dadurch, dass, wie bereits erwähnt, noch ausdrücklich festgestellt werden soll, dass die Wandelung nicht schon durch einseitige Erklärung des Käufers vollzogen und das Wahlrecht desselben nicht schon durch diese, sondern abgesehen von der Verurteilung und der thatsächlich geschehenen

80) Vgl Staub Anm. 46, 47 zu § 377; Eccius a. a. O. S. 316 f.

Rückleistung erst durch Einverständniserklärung des Verkäufers beseitigt werden soll.

Wenn man annehmen wollte, dass die Wandelung sich nur durch Vertrag vollzieht, so würde daraus folgen, dass auch das Recht auf Nachlieferung einer mangelfreien Gattungssache aus § 480 nur durch Vertrag entsteht, da der § 465 hierauf für anwendbar erklärt ist. In diesem Falle also könnte der Käufer zunächst nur verlangen, dass der Verkäufer sich mit der Lieferung mangelfreier Sachen einverstanden erklärt, und erst nach Abschluss dieses Vertrages, ev. nach Rechtskraft des Urteils könnte er auf Grund desselben die Lieferung selbst verlangen.[81] Sollte das wirklich die Absicht des Gesetzgebers sein![82]

Dass die Wandelung sich auch in anderer Weise vollzieht als dadurch, dass der Verkäufer sich auf Verlangen des anderen Teils mit ihr einverstanden erklärt, ergiebt sich daraus, dass nach § 466 der erstere den Käufer unter Bestimmung einer angemessenen Frist auffordern kann, sich zu erklären, ob er Wandelung verlange, und dass der Käufer nur innerhalb dieser Frist Wandelung fordern kann. Denn wenn man den Worten keinen Zwang anthun will, so ist doch hieraus zu entnehmen, dass die Wandelung auch vollzogen ist, wenn der Käufer innerhalb dieser Frist dem Verkäufer erklärt, er wolle wandeln, ohne dass es nun nochmaliger Zustimmung desselben bedarf.[83]

81) So Balcke S. 66.
82) Vgl. hierüber Staub a. a. O.
83) Staub a. a. O.; anders Matthiass Bd. I, S. 499.

Aus dem bisher Ausgeführten ergiebt sich zunächst zweifellos, dass die beabsichtigte Konstruktion im Gesetze jedenfalls keineswegs konsequent durchgeführt ist, und ebenso ist daraus zu ersehen, dass dieselbe durch die Gesetzesbestimmungen nicht zwingend festgelegt ist. — Aus der Fassung des Gesetzes ist zu entnehmen, dass der Wandelungsanspruch nicht ein komplizierter Anspruch auf Einwilligung in die Rückgängigmachung des Kaufes, sondern einfach ein Anspruch auf Aufhebung des Vertrages ist, der, jenachdem ob der Käufer bereits geleistet hat oder nicht, von ihm durch Klage auf Rückleistung des Geleisteten oder durch Weigerung der Leistung geltend gemacht wird. Der Anspruch geht nicht darauf, dass sich der Verkäufer mit der Aufhebung des Kaufes einverstanden erkläre, sondern dass er sich der Geltendmachung irgend welcher Rechte aus demselben enthalte. Der Käufer kann nicht nur die Zahlung des Kaufpreises verweigern, sondern er kann auch ohne weiteres auf Rückzahlung desselben klagen. Er kann nach § 480 Lieferung mangelfreier Ware verlangen, ohne erst vorher die Zustimmung des Verkäufers zu seinem Anspruch erlangt zu haben.[84]

Die Vorschrift des § 465 hat lediglich die Bedeutung, dass in dem Augenblicke, indem der Verkäufer sich mit der Wandelung einverstanden erklärt, der Käufer das Recht, seinen Entschluss zu wechseln, eine andere Wahl zu treffen, verliert. Zugleich kann

84) Vgl. die oben Note 48 Citierten.

hierin allerdings auch ein Vertragsschluss liegen, auf Grund dessen der Käufer alsdann ohne weiteres, ohne auf den Mangel zurückgehen und ihn beweisen zu müssen, lediglich auf Grund dieses Vertrages die Rückzahlung des Kaufpreises etc. verlangen kann.[85] — Die Einverständniserklärung des § 465 kann der Verkäufer abgeben, wenn der Käufer irgendwie, durch Klageerhebung oder durch Privaterklärung sein Verlangen nach Wandelung geäussert, und zwar solange er dasselbe noch nicht wieder zurückgenommen hat. Es ist nicht erforderlich, dass derselbe an ihn gerade das Verlangen gestellt hat, sich mit der Wandelung einverstanden zu erklären. Anderer Ansicht ist in diesem Punkte Eccius[86], der im übrigen einen diesen Ausführungen ähnlichen Standpunkt einnimmt. Nach seiner Ansicht muss sich das Verlangen des Käufers in § 465 notwendig auf das Einverständnis beziehen, nicht auf die Wandelung selbst, und zwar begründet er das damit, dass, wenn man letzteres annehmen wollte, es im Gesetze heissen müsste „auf das Verlangen", nicht „auf Verlangen", wie die Fassung ist; letzteres könne sich aus grammatikalischen Gründen ungezwungen nur auf das Einverständnis beziehen. Es erscheint jedoch hier der Ausdruck allzu genau aufgefasst zu sein. M. E. kann sich das Wort „Verlangen", ohne ihm Zwang anzuthun, auch auf die Wandelung selbst beziehen zu können, zumal in allen vor- und nachstehenden Paragraphen vom Verlangen nach

85) Siehe Staub Anm. 47 zu § 377.
86) a. a. O. S. 323 ff.

Wandelung die Rede ist.[87] Das Verlangen des § 465 braucht sich nach der hier angenommenen Ansicht natürlich nicht als Vertragsantrag darzustellen, an den der Käufer innerhalb der gewöhnlichen Antragsfrist gebunden ist, was im Einzelfalle jedoch sehr wohl möglich ist, vielmehr kann es auf irgend eine Weise durch Privaterklärung oder Klageerhebung geäussert werden, und zwar ist es dasselbe, wie das in den andern Paragraphen erwähnte Verlangen nach Wandelung. Erklärt sich der Verkäufer damit einverstanden, so kann der Käufer nicht mehr von der Wandelung abgehen und ist endgültig an sie gebunden. Kommt es zu einem Vertrage über die Wandelung, der zwar nicht zur Vollziehung der Wandelung notwendig, aber dennoch in vielen Fällen abgeschlossen werden wird, so kann der Käufer auf Grund dieses Vertrages, ohne auf den Mangel zurückgehen zu müssen, seine Rechte geltend machen. Ein solcher Vertrag (und ebenso auch ein nach der herrschenden Meinung zur Vollziehung der Wandelung erforderlicher Vertrag) bedarf jedoch in Fällen, in denen das Gesetz, wie z. B. bei Grundstücksveräusserungen eine bestimmte Form verlangt, dieser Form.[88]

Um die Vollziehung der Wandelung herbeizuführen, ist es nicht erforderlich, dass, wenn der

87) Staub Anm. 47_1 zu § 377; auch Cosack Bd. I S. 428a. E. sagt, dass als Verlangen im Sinne des § 465 es genüge, wenn der Käufer die von ihm getroffene Wahl dem Verkäufer bestimmt anzeige; nach ihm braucht dasselbe also auch nicht gerade auf Einverständniserklärung gerichtet zu sein.

88) Eccius a. a. O. S. 328.

Käufer zugleich mit dem Verlangen nach Wandelung eine Forderung auf bestimmte Leistungen auf Grund der Wandelung geltend macht, der Verkäufer sich auch mit diesen Leistungen einverstanden erklärt, sondern es genügt in diesem Falle Erklärung seines Einverständnisses mit der Wandelung überhaupt.

Erklärt der Verkäufer sein Einverständnis nicht, so kann der Käufer den Klageweg beschreiten, und zwar hat er nicht zu klagen auf Abschluss des Wandelungsvertrages, sondern er kann ohne weiteres die Rechte aus der Wandelung z. B. Rückzahlung des Kaufpreises, Erstattung der Vertragskosten etc. geltend machen — Durch die Klageerhebung wird natürlich der Käufer noch nicht an seine Wahl gebunden, er kann vielmehr in jeder Lage des Prozesses noch von ihr abgehen; erst wenn das Urteil hierüber rechtskräftig geworden ist, ist er an seine Wahl unwiderruflich gebunden auf Grund der Rechtskraft des Richterspruches, die unter den Parteien endgültiges Recht schafft. — Nicht zu billigen ist der von Eccius[89] vertretene Standpunkt, dass auch nach Rechtskraft des Urteils der Käufer noch nicht an die Wandelung gebunden sei. Es kann doch unmöglich zulässig sein, dass der Käufer nach rechtskräftiger Erledigung des Prozesses plötzlich sagt, er wolle gar nicht wandeln, der Vertrag bestände daher noch fort.[90]

---

89) a. a. O. S. 331.

90) Ebenso Matthiass Bd. I, S. 499; Staub Anm. 49 zu § 377.

Nach dieser Konstruktion steht der vorläufigen Vollstreckbarkeit eines den Verkäufer zu einer Leistung auf Grund der Wandelung verurteilenden Erkenntnisses natürlich nichts im Wege. —

Ausser durch Einverständniserklärung oder durch rechtskräftiges Urteil muss die Bindung des Käufers an die Wahl der Wandelung auch dadurch herbeigeführt werden, dass der Verkäufer mit der Erfüllung der Ansprüche aus der Wandelung beginnt, da hierin sein Einverständnis mit der Rückgängigmachung des Kaufes zu sehen ist, natürlich nur dann, wenn diese Erfüllung vom Käufer auch wirklich als solche angenommen ist.[91]

Ausser durch Klageerhebung kann der Käufer sein Wandelungsverlangen auch dadurch zur Geltung bringen, dass er gegenüber einem Anspruch des Verkäufers aus dem Vertrage die Leistung verweigert, also insbesondere die Zahlung des Kaufpreises.[92]

Es steht dem auch nichts entgegen, dass der Käufer ihm auf Grund seines erklärten Wandelungsverlangens zustehende Forderungen gegen Forderungen des Verkäufers aufrechnet, vorausgesetzt, dass seine Forderungen an und für sich aufrechenbar sind. Wenn man sich dagegen der von der Gesetzeskommission angenommenen Konstruktion anschliesst, kann von einer Aufrechnung mit Forderungen, die erst auf Grund eines noch nicht geschlossenen Wandelungsvertrages entstehen, nicht die Rede sein.

91) So auch Cosack Bd. I S. 428,2a; Leistner a. a. O. S. 39 Z. 2.

92) Vgl. den bereits oben herangezogenen § 478.

Nach den bisherigen Ausführungen ergiebt sich, dass die hier angenommene Konstruktion des Wandelungsanspruchs einmal sich durchaus aus dem Gesetze rechtfertigen lässt, und zum andern, dass sie zweifellos weit einfacher ist und auch zu einem viel brauchbareren und wünschenswerteren Resultate führt, als die von der herrschenden Meinung angenommene, deren Anomalien und unpraktische Konsequenzen weiter oben geschildert sind. Zu denken giebt, dass es gerade praktische Juristen sind, die die herrschende Theorie angegriffen und sich der hier vertretenen mit mehr oder weniger Abweichungen angeschlossen haben; und es ist zu wünschen, dass diese letztere allmählich in immer weiterem Umfange Aufnahme findet.[98]

---

98) Die zweite Gesetzeskommission hat die hier verworfene Konstruktion gewählt, um das Wandelungsrecht als einen Anspruch zu konstruieren und es so der Verjährung unterwerfen zu können. Aber auch bei der hier vertretenen Auffassung des Gesetzes, ist es sehr wohl möglich, das Wandelungsrecht als einen Anspruch im Sinne des § 194 anzusehen, d h. als das Recht, von einem andern ein Thun oder Unterlassen zu fordern. Hiernach ist das Recht auf Wandelung zwar nicht stets auf Abschluss eines Wandelungsvertrages gerichtet, geht aber dennoch in allen Fällen auf ein Thun oder Unterlassen des Verkäufers. Wenn der Käufer Rückleistung verlangt, ergiebt sich dies von selbst; aber auch, wenn er noch nichts geleistet hat, es also auf den ersten Blick so scheinen möchte, als könnte er nicht von dem Verkäufer ein Thun oder Unterlassen verlangen, da er nur daran ein Interesse hat, dass er den Kaufpreis nicht zu zahlen braucht, so liegt doch in diesem Falle ein Anspruch vor, der darauf gerichtet ist, dass der Verkäufer es unterlasse, seine Rechte aus dem Kaufe geltend zu machen. — (Vgl. Eccius a. a. O. S. 322, 325; Matthiass S. 505 Anm. 2.)

Zulässigkeit und Wirkung der Wandelung.

Der Grundgedanke der Wandelung ist, wie sich schon aus dem vom Gesetze (§ 462) zur Erläuterung gebrauchten Worten „Rückgängigmachung des Kaufes" ergiebt, der, dass der Kaufvertrag rückwärtshin aufgehoben werden soll. Demnach sind der Käufer und ebenso der Verkäufer, – letzterer allerdings nur insoweit, als das Interesse des Käufers dadurch nicht unbillig beeinträchtigt wird, — möglichst in den Zustand zu versetzen, der für sie bestehen würde, wenn der Kauf gar nicht abgeschlossen wäre. Das Gesetz sucht den genannten Zweck zu erreichen durch die Bestimmung des § 467, nach welcher die Vorschriften über das vertragsmässige Rücktrittsrecht mit einzelnen Ausnahmen und Abänderungen entsprechende Anwendung finden sollen.

Hiernach stellt sich die Durchführung der Wandelung etwa folgendermassen dar:

Der Zweck der Wandelung ist, wie gesagt, möglichste Herstellung des Zustandes, der ohne Abschluss des Kaufs bestehen würde. Daraus ergiebt sich, dass die Wandelung nicht ohne weiteres davon abhängig ist, dass der Käufer die Kaufsache überhaupt oder dass er sie in dem Zustande, in dem er sie erhalten hat, zurükgeben kann. Daher ist es nur folgerichtig, wenn das Gesetz durch zufälligen Untergang oder zufällige Verschlechterung der Kaufsache den Käufer das Wandelungsrecht nicht verlieren lässt. (§ 350). Auch wenn die Kaufsache nach dem Gefahrübergang durch Zufall

untergeht oder verschlechtert wird, muss im Falle der Wandelung der Verkäufer dennoch den gezahlten Kaufpreis zurückerstatten, obwohl er selbst nichts oder nur Minderwertiges zurückerhält. (Hat der Käufer jedoch infolge des Umstandes, der ihm die Herausgabe der Sache unmöglich macht, einen Ersatz für die Sache erhalten, so kann der Verkäufer nach dem Surrogationsprinzip des § 281 die Herausgabe dieses Ersatzvorteils bezw. die Abtretung eines ev. Ersatzanspruchs gegen Dritte verlangen). Es wird also die Gefahr rückwärtshin wieder auf den Verkäufer übertragen. Untergang durch Zufall ist jeder Untergang, den nicht der Käufer oder die Personen, für deren Verschulden er haftet, verschuldet haben: es wird im Einzelfalle zu untersuchen sein, ob zufälliger Untergang vorliegt oder nicht.

Ist der Untergang oder eine Verschlechterung der Kaufsache oder eine anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe derselben durch Verschulden des Käufers herbeigeführt, dann wird dadurch die Wandelung ausgeschlossen. (§ 351).[94] Eine verschuldete Verschlechterung schliesst jedoch die Wandelung nur dann aus, wenn sie sich als eine wesentliche darstellt, entsprechend der Bestimmung des § 459, nach der ein Mangel, der nur eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der

94) Natürlich ist hier nur die Rede von einem schon vor Vollzug der Wandelung eingetretenen Untergang der Sache etc.; denn nach vollzogener Wandelung ist ein Ausschluss des Wandelungsrechtes nicht mehr möglich; in diesem Falle haftet wegen verschuldeten Untergangs der Käufer nur auf Schadensersatz nach den allgemeinen Grundsätzen. Vgl. Naefe S. 33f.

Tauglichkeit herbeiführt, nicht zur Wandelung berechtigt. Eine unwesentliche Verschlechterung verpflichtet nur zum Schadensersatz. — Auch durch den vom Käufer verschuldeten Untergang eines Teils der Kaufsache wird die Wandelung ausgeschlossen, aber nur wenn dieser Teil erheblich ist. (§ 351 Satz 2). Ob der untergegangene Teil ein erheblicher oder die Verschlechterung eine wesentliche ist, muss sich jeweilig aus den besonderen Umständen des Einzelfalles ergeben. Dem eigenen Verschulden (Vorsatz, Fahrlässigkeit) des Käufers steht dasjenige seiner gesetzlichen Vertreter und derjenigen Personen deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit, die Sache vom Empfange an vor Untergang und Verschlechterung zu bewahren, bedient[95], gleich.

Das Wandelungsrecht wird auch ausgeschlossen dadurch, dass der Käufer selbst oder eine derjenigen Personen, deren Verschulden nach § 278 dem eigenen Verschulden des Käufers gleichsteht[96], die Sache durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet, es sei denn, dass sich der Mangel erst bei der Umgestaltung gezeigt hat, denn in diesem Falle wäre es unbillig, dem Käufer das Wandelungsrecht zu nehmen. (§§ 352, 467 Satz 1). — Macht in diesem Falle der Käufer von seinem Wandelungsrechte Gebrauch, dann hat er dem Verkäufer entweder die umgestaltete Sache, gegen Ersatz der Verarbeitungskosten, die ihm jedoch nur

95) Goldmann-Lilienthal S. 155[2]; s. auch Naefe S. 64f.
96) Protokolle VI S. 163.

als Verwendungen nach § 347 vergütet werden, oder anstatt der Sache den ihm durch das Behalten erwachsenden Vermögensvorteil herauszugeben.[97] Der Ausdruck „bei der Umgestaltung“ ist nicht streng zu nehmen, wie es mehrfach im Gesetze vorkommt, dass das Wort „bei“ nicht im strengen Sinn gebraucht ist (z. B. in § 464); es wird vielmehr zur Erhaltung des Wandelungsrechts für den Käufer ausreichend sein, wenn der Mangel zwar nicht unmittelbar bei der Umgestaltung, wohl aber erst infolge derselben zum Vorschein kommt.[98] Durch die Veräusserung oder Belastung der Kaufsache seitens des Käufers, sei es, dass dieselbe freiwillig oder im Wege der Zwangsvollstreckung der Arrestvollziehung oder im Konkurse durch den Masseverwalter erfolgt, wird das Wandelungsrecht des Verkäufers nicht ausgeschlossen. Es ist hierfür auch kein Grund einzusehen, da durch die Veräusserung ev., wenn der ursprüngliche Käufer bei derselben für die Sache trotz des Mangels einen genügenden Preis erzielt, der Streit mit dem Verkäufer wegen des Mangels beseitigt wird und es anderseits unbillig wäre, dem Käufer, wenn sein Abnehmer ihm die Sache wegen des Mangels zurückgiebt, das Recht auf Wandelung gegenüber seinem Vormann zu versagen.[99] — Die Wandelung wird jedoch ausgeschlossen, wenn bei denjenigen Personen, an die der Käufer die Sache weiterveräussert hat, solche

97) Matthiass Bd. I S. 501; Haidlen S. 533.
98) S. Dernburg Bd. II, 2 S. 61.
99) Dernburg a. a. O.

Ereignisse eintreten, die, wenn sie bei ihm selbst eingetreten wären, ihm das Recht auf Wandelung genommen hätten (§ 353), also wenn durch Verschulden dieser Personen oder ihrer Gehülfen die Sache untergeht oder verschlechtert oder in eine Sache anderer Art umgestaltet oder veräussert wird und im letzten Falle bei den Personen, an welche weiterveräussert ist, wieder ein die Wandelung ausschliessendes Ereignis eintritt. Auch kann in der Veräusserung der Kaufsache in Kenntnis des Mangels unter besonderen Umständen ein Verzicht des Käufers auf die Wandelung[100] oder auch, falls infolge der Veräusserung die Herausgabe der Sache an den Verkäufer nicht mehr möglich ist, eine vom Käufer verschuldete Unmöglichkeit die Herausgabe gesehen werden, wodurch, wie oben gezeigt, die Wandelung ausgeschlossen wird.[101] Jedenfalls ist, wenn im Falle der Weiterveräusserung oder Belastung der Kaufsache die Wandelung vollzogen und die Parteien damit beiderseits zur Rückgabe des Empfangenen verpflichtet sind, die Herausgabe der Kaufsache oder die Beseitigung der Belastung dem Käufer aber nicht möglich ist, dieser zum Schadensersatz nach § 347 verpflichtet, soweit ihm ein Verschulden zur Last fällt, welches man jedoch meistens schon in der Veräusserung resp. Belastung der Sache selbst wird erblicken müssen.[102] Aus Billigkeitsrücksichten ist anzunehmen, dass das

100) Schollmeyer S. 21.
101) So Staub Anm. 54 zu § 377.
102) Vgl. Naefe, S. 72.

Wandelungsrecht dem Käufer auch dadurch verloren geht, dass er in Kenntnis des Mangels die Sache dauernd (nicht etwa nur zur Probe) in Benutzung nimmt, dauernd mit ihr in einer solchen Weise verfährt, dass daraus auf seinen Willen, die Sache zu behalten, zu schliessen ist, auch wenn in dieser Behandlung durchaus nicht eine Verschlechterung erblickt werden kann.[103]

Die allgemeine Wirkung der Wandelung ist dem erwähnten Grundzweck derselben, möglichst den Zustand herzustellen, der ohne Abschluss des Kaufs bestehen würde, entsprechend, dass beide Parteien von ihren Verbindlichkeiten aus dem Kaufvertrage, soweit sie dieselben noch nicht erfüllt haben, befreit werden und dass sie zugleich verpflichtet werden, die Leistungen, die sie bereits empfangen haben, zurückzugewähren. Sind auf einer Seite, neben dem Kaufpreise oder neben der Sache, als Nebenleistungen irgendwelche Dienste geleistet oder ist eine Sache zur Benutzung gewährt, — was durchaus möglich ist, ohne dem Vertrage seinen Charakter als Kauf zu nehmen, vorausgesetzt natürlich, dass die letzteren Leistungen wirklich nur Nebenleistungen sind, — dann ist hierfür der Wert zurückzuerstatten, da eine Naturalrückerstattung nicht möglich ist. (§ 346). (Von Wichtigkeit ist diese Vorschrift nicht sowohl beim eigentlichen Kaufe als vielmehr bei den anderen auf Veräusserung von Sachen gegen Entgelt gerichteten Verträgen, auf die, wie oben erwähnt, die Vorschriften über die Gewährleistung wegen Sachmängel Anwendung finden).

103) Ebenso Staub Anm. 55 zu § 377.

Demnach gestalten sich die Rechte des Käufers im einzelnen, wie folgt:

Er kann Rückzahlung des gezahlten Kaufpreises verlangen und zwar mit 4 v. H. Zinsen vom Tage des Empfanges desselben an. (§§ 347, 246). Hat er den Kaufpreis nicht bar bezahlt, sondern ist statt dessen irgendwelche abstrakte Schuldverbindlichkeiten eingegangen, z. B. eine Wechselverbindlichkeit, ein „Schuldversprechen", so kann er Befreiung von diesen Verbindlichkeiten und Rückgabe der darüber ausgestellten Urkunden verlangen. Dasselbe gilt auch von den von ihm für die Kaufgeldschuld bestellten Bürgschaften, Pfändern, Hypotheken und sonstigen Sicherheiten sowie den betr. Urkunden.[104]

Der Käufer kann verlangen, dass der Verkäufer ihm die mangelhafte Kaufsache wieder abnimmt, denn es wäre unbillig, wenn man ihn, in dessen Person nicht die Ursache der Aufhebung des Kaufs liegt, verpflichten wollte, die Sache, deren Aufbewahrung für ihn mit Gefahren, Schwierigkeiten und Kosten verknüpft sein kann und deren er sich oft kaum und nur mit Mühe wird entledigen können, zu behalten. Ihn trifft nach § 433 Abs. II die Verpflichtung, dem Käufer die gekaufte Ware abzunehmen; daraus ergiebt sich, da dies eine Leistung im Sinne des Gesetzes, dass der Verkäufer zur Rückgewähr dieser Leistung, also zur Wiederabnahme der Ware verpflichtet ist.[105]

---

104) Motive Bd. II S. 281; Dernburg Bd. S. 61.
105) Vgl. Staub Anm 57 zu § 377.

Der Verkäufer hat dem Käufer die Kosten des Kaufvertrages zu erstatten (§ 467 Satz 2), wie es dem Grundgedanken der Wandelung entspricht und auch schon im gemeinen Rechte vorgeschrieben war.[106] Nach Dernburg[107] sind zu den zu erstattenden Vertragskosten in diesem Sinne auch die dem Käufer erwachsenen Auflassungs-, Umsatzsteuer- und Stempelkosten zu rechnen.[108] Ebenso wird man, soweit sie zur Erfüllung des Vertrages unumgänglich nötig sind, die Verpackungs- und Versendungskosten nach dem Erfüllungsorte sowie die Ablieferungskosten zu den vom Verkäufer zu ersetzenden Vertragskosten rechnen müssen.[109]

Der Käufer kann ferner für seine Verwendungen auf die Kaufsache Ersatz fordern nach den Vorschriften über das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer einer Sache vom Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an (§ 347 Satz 2), d. h. er kann nach § 994 Abs. II Ersatz verlangen nur für notwendige[110] (d. h. für Erhaltung der Sache und ihrer Gebrauchsfähigkeit nötige) Verwendungen und nur nach den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag,

106) L. 27 D. de aedil. ed. 21, 1

107) Bd. II, 2 S. 62.

108) Vgl. auch Deutsche Juristen-Zeitung Jahrg. 1899 S. 441 f.

109) Naefe S. 45.

110) Es ist zu betonen, dass er nach der Fassung des Gesetzes nur notwendige Verwendungen ersetzt verlangen kann, andere nicht einmal dann, wenn er sie bereits gemacht hat, ehe ihm der Mangel bekannt war; vgl. Cosack Bd. I S. 429, 3 b. — Planck Erl. 2 a z. § 467 und Dernburg Bd. II, 2. S. 62 sprechen irreführend einfach von Verwendungen überhaupt.

also hauptsächlich, wenn dle notwendigen Verwendungen dem Interesse und dem mutmasslichen Willen des Verkäufers entsprechen, was wohl stets der Fall sein wird, wenn nicht der Verkäufer an der Erhaltung der Sache überhaupt kein Interesse hat.[111] Man kann hierbei, da das Gesetz allgemein auf den Ersatz von Verwendungen die Vorschriften über das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer Anwendung finden lässt, zweifelhaft sein, ob auch die Bestimmung des § 1001 anzuwenden ist, ob also der Käufer seine Ersatzansprüche nur geltend machen kann, wenn der Verkäufer die Kaufsache wiederverlangt oder die Verwendungen genehmigt, und ob der Verkäufer auch nach Wiedererlangung der Sache sich von dem Ersatzanspruche dadurch befreien kann, dass er die Sache dem Käufer zurückgiebt. An sich liegt es nahe nach der Fassung des Gesetzes, auch diese Vorschrift hier zur Anwendung zu bringen, und das würde bedeuten, dass in gewisser Weise und in veränderter Form das Preisgaberecht des Verkäufers im gemeinen Rechte[112] in das BGB. übernommen wäre, dass also der Verkäufer sich von seiner Pflicht zum Ersatze von Verwendungen dadurch befreien könnte, dass er sich weigerte, die Sache zurückzunehmen, dieselbe dem Käufer liesse. — Ein solches Preisgebungsrecht hat das Gesetz jedoch keineswegs, wie sich aus den Motiven ergiebt[113], wo dasselbe

111) Vgl. über diese ganze Frage Mensing a. a. O. S. 28 ff.
112) Windscheid, § 394 Note 10; a. A. Hanauseck Bd. I S. 139 ff.
113) Bd. II S. 232.

ausdrücklich angelehnt wird, dem Verkäufer zugestehen wollen. Dass ein solches Recht unmöglich ist, folgt anch schon daraus, dass wie oben ausgeführt, der Verkäufer zur Wiederabnahme der Sache verpflichtet ist. Die Vorschrift des § 1001 findet also zweifellos keine Anwendung.

Abgesehen von den Verwendungen und den Vertragskosten kann der Käufer Ersatz weiteren Schadens im Gegensatze zu der herrschenden Meinung des gemeinen Rechts[114] auf Grund des Wandelungsanspruchs nicht verlangen,[115] auch nicht wenn der Verkäufer arglistig gehandelt hat; in diesem Falle steht ihm das Recht zu, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, aber selbständig statt der Wandelung, nicht auf Grund derselben.[116]

Obigen Rechten des Käufers entsprechen aber auch Pflichten.

Er hat dem Verkäufer die Sache zurückzugewähren (§ 346). Ist ihm dies nicht möglich oder ist die Sache verschlechtert oder ist sie teilweise untergegangen, ohne dass hierdurch nach den weiter oben angeführten Grundsätzen die Zulässigkeit der Wandelung überhaupt ausgeschlossen wird, so ist er dem Verkäufer vom Empfang der Sache an zum Schadensersatz nach den Vorschriften über das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer vom Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an verpflichtet (§ 347 Satz 1), er hat ihm

114) Windscheid § 394 Note 9.

115) Motive Bd. 2 S. 232; Matthiass Bd. I S. 501.

116) Über diese ganze Frage vgl. Frings, Wandelung und Schadensersatz, Göttinger Diss. 1896.

also nach § 989 den Schaden zu ersetzen, der dadurch entsteht, dass durch sein Verschulden die Sache teilweise untergeht, verschlechtert oder ihre Herausgabe sonst unmöglich gemacht wird.

Der Käufer hat ferner dem Verkäufer die Nutzungen herauszugeben bezw. zu vergüten, die er seit Empfang der Kaufsache aus derselben thatsächlich gezogen hat, ebenso aber auch diejenigen, die er nach den Regeln einer ordnungsmässigen Wirtschaft hätte ziehen können, schuldhafterweise aber nicht gezogen hat (§§ 347 Satz 2, 987).

Von selbst ergiebt sich auch, dass der Käufer die dem Eigentümer gebührende Hälfte eines etwa in der Sache gefundenen Schatzes und sonstige Accessionen der Kaufsache dem Verkäufer herauszugeben hat, da diese eben dem Schicksal der Hauptsache folgen.[117]

Endlich hat der Käufer den Verkäufer von allen Verbindlichkeiten zu befreien, die dieser auf Grund des Kaufvertrages Dritten gegenüber eingegangen ist; und zwar ergiebt sich dies aus dem allgemeinen Grundsatze des § 346 (467), dass für die Parteien möglichst der Zustand wiederhergestellt werden soll, in dem sie sich befinden würden, wenn der Kauf überhaupt nicht abgeschlossen wäre.[118]

Die sich aus der Wandelung für beide Vertragsteile ergebenden Verpflichtungen sind von ihnen Zug um Zug zu erfüllen. Jeder von ihnen kann seine Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung

117) Dernburg Bd. II, 2 S. 62.
118) Motive Bd. II S. 230; Naefe S. 40.

verweigern. Jedoch kann jeder, ohne geleistet oder die Leistung angeboten zu haben, gegen den andern Teil auf die diesem obliegende Leistung Klage erheben. Die Verurteilung desselben erfolgt dann zur Leistung Zug um Zug gegen Bewirkung der Gegenleistung. (§§ 348, 320, 322).

Kommt ein Teil mit der Rückgewähr der empfangenen Leistung in Verzug, so zieht letzterer die allgemeinen Folgen nach sich. Es besteht hier jedoch noch eine besondere Bestimmung, nämlich dass der Verkäufer dem Käufer, wenn dieser mit der Rückgewähr der Kaufsache oder eines erheblichen Teils derselben in Verzug geräth, [119] eine angemessene Frist setzen kann mit der Erklärung, dass er nach dem Ablauf dieser Frist die Annahme ablehne. Die Wandelung wird unwirksam, wenn die Rückgewähr nicht innerhalb der Frist erfolgt. (§ 354).

Ob nunmehr der Käufer noch auf seine übrigen Gewährschaftsansprüche, z. B. den auf Minderung, zurückgreifen darf, oder ob es dabei bleibt, dass er diese durch Vollziehung der Wandelung verloren hat, ist bestritten. Planck [120] nimmt ersteres an. Jedoch erscheint die letzere Ansicht zweckmässiger und richtiger. Es ist kein Grund einzusehen, weshalb jetzt wieder der Käufer die andern Gewährleistungsansprüche soll geltend machen können, obwohl er in dem Augenblicke, indem die Wandelung sich vollzog,

119) Ob auch bei Belastung der Sache mit dem Rechte eines Dritten der Käufer das Recht der Fristsetzung mit den daran geknüpften Folgen hat, über diese Frage vgl. Naefe a. a. O. S. 81

120) Erl. 2 zu § 467; vgl. auch Naefe a. a. O. S. 83.

das ius variandi verloren hat. Ausserdem ist anzunehmen, dass der Käufer, wenn er nach Vollziehung der Wandelung noch mit der Rückgewähr in Verzug — hierzu ist Verschulden erforderlich — gerät, damit erklärt, dass er jetzt mit der Erfüllung des Kaufs zufrieden ist.[121]

Von Wichtigkeit ist auch die Frage, wo der Erfüllungsort für die sich aus der Wandelung ergebenden Ansprüche und der Gerichtsstand für die Klagen, mit denen diese geltend gemacht werden, ist.

Verlangt der Käufer, der den Kaufpreis noch nicht bezahlt hat, Wandelung, so will er von der Verpflichtung, denselben zu bezahlen, befreit sein. Letzteres ist also die streitige Verbindlichkeit, und als Gerichtsstand (des Erfüllungsortes) ergiebt sich für diese Klage nach § 29 CPO., § 269 BGB. der des Wohnsitzes des Käufers zur Zeit des Kaufs.[122]

Der Ort, an dem die Kaufsache zurückzugeben ist, muss jedenfalls derjenige sein, an dem sich die Ware gerade befindet. Es wäre äusserst unbillig und ohne vernünftigen Grund, wenn man den Käufer zwingen wollte, die Ware etwa an den Ort zurückzuschaffen, an dem sie ihm übergeben ist. Er hat die Sache verschickt in dem Vertrauen darauf, dass sie fehlerfrei ist; ihn trifft nicht die geringste Schuld hinsichtlich der Rückgängigmachung des Kaufes; in letzter Linie liegt die Ursache hierzu stets beim Verkäufer. — Wenn der Käufer jedoch arglistig die Sache fortgeschafft hat, unter Umständen schon,

121) Ebenso Cosack Bd. I S. 430 f; Dernburg Bd. II, 2. S. 63. V; Schollmeyer S. 17; Matthiass Bd. I. S. 501.

122) So auch Staub Anm. 61 zu § 377; Stahl S. 29.

wenn er dies nur in Kenntniss des Mangels gethan hat, erfordert Treu und Glauben, dass er zur Rückschaffung derselben verpflichtet ist; in andern Fällen dagegen muss der Verkäufer die Sache dort abnehmen, wo sie sich befindet, und zwar nicht blos, wo sie sich „infolge des Kaufvertrages" befindet wie Staub [123] annimmt. [124] Aus Billigkeitsrücksichten wird man annehmen müssen, dass der Verkäufer verlangen kann, dass die Sache ihm auf seine Gefahr vom Käufer zugesandt wird, wenn er sich zur Tragung der Kosten des Transports bereit erklärt und dieselben vorschiesst.[125]

Was den Ort anbetrifft, an dem der Kaufpreis zurückzuzahlen ist, so ist dies derselbe, an dem die Rückgabe der Kaufsache stattzufinden hat, also da, wo sich die Sache befindet; denn da Kaufpreis und Sache Zug um Zug gegen einander auszutauschen sind, so kann nur dieser Ort in Frage kommen. An diesem Ort können auch die Klagen auf Rückgabe der Sache und Rückzahlung des Kaufpreises erhoben werden.[126]

Erwähnt mag noch werden, dass, sobald die Wandelung vollzogen ist, sei es durch Einverständniserklärung des Verkäufers oder durch rechtskräftiges Urteil oder durch Erfüllung der Ansprüche, nun auch, da eine neue Rechtsposition hergestellt ist, der Verkäufer, nicht nur der Käufer die Verwirklichung der

123) a. a. O.

124) Vgl. Dernburg Bd. II, 2 S. 62; auch Cosack Bd. I S. 430 und Stahl a. a. O. legen dem Verkäufer die Verpflichtung auf, die Sache abzuholen.

125) Dernburg a. a. O. Note 10.

126) So Staub Anm. 61 zu § 377; Dernburg Bd. II, 2 S. 62.

Wandelung fordern und die einzelnen, sich auf Grund derselben ergebenden Ansprüche geltend machen kann. (Denn nach vollzogener Wandelung sind gemäss §§ 466, 346 die Parteien verpflichtet, „einander" die empfangenen Leistungen zurück zu gewähren.[127]

3. Das Recht auf Minderung.

Das Recht auf Minderung ist dem Käufer in allen Fällen gegeben, in denen ihm das Recht auf Wandelung zusteht. Jedoch muss sich diese Regel eine Ausnahme gefallen lassen; der Minderungsanspruch ist auch wegen eines Mangels der zugesicherten Grösse eines Grundstücks stets gegeben, während der Wandelungsanspruch in diesem Falle, wie oben ausgeführt, dem Käufer nur dann zusteht, wenn der Mangel so erheblich ist, dass die Vertragserfüllung für den Käufer kein Interesse hat.

Auch die Konstruktion des Minderungsrechts ist dieselbe wie die des Rechts auf Wandelung. Die Kommission wollte es konstruieren als ein Recht des Käufers, von dem Verkäufer zu verlangen, dass er sich mit der Herabsetzung des Kaufpreises einverstanden erkläre. Gegen diese Auffassung, die sich auch nur auf die Fassung des § 465 stützen könnte, lassen sich dieselben Gründe anführen, wie gegen die entsprechende Konstruktion des Wandelungsanspruchs. Insbesondere spricht hier noch folgendes dagegen: Wenn man annimmt, dass der Minderungsanspruch ein Anspruch auf Abschluss

127) Matthiass Bd. I. S. 499; Cosack Bd. I S. 429; Schollmeyer S. 17.

eines Minderungsvertrages ist, dass also die Minderung in allen Fällen erst dann vollzogen ist, wenn der Verkäufer freiwillig sich mit derselben einverstanden erklärt hat oder seine zustimmende Willenserklärung durch rechtskräftiges Urteil ersetzt ist, so liegt es auf der Hand, wie auch fast alle Schriftsteller, welche dieser Ansicht huldigen, annehmen,[128] dass, wenn der Käufer auf Erklärung des Einverständnisses mit einer bestimmten Minderuug klagt, die Verurteilung des Verkäufers nur zu dieser bestimmten Minderung erfolgen kann, und, wenn diese dem Richter zu hoch erscheint, die Abweisung des Klägers stattfinden muss.

Eine Auslegung des auf Minderung um einen bestimmten Betrag gerichteten Verlangens dahin, dass dieses trotzdem darauf gehe, den Kaufpreis auf den Betrag herabzusetzen, der dem Richter angemessen erscheine, wie es vorgeschlagen ist[129], ist doch zu bedenklich und von der Hand zu weisen.

Die obige Konsequenz bedeutet aber einen unerträglichen Missstand für die Praxis und dieser wird vermieden, wenn man sich der bereits für die Wandelung als möglich und richtig hingestellten Auffassung verschliesst. — Nach dieser ist der Minderungsanspruch ein Anspruch auf Herabsetzung des Kaufpreises, der entweder durch Verlangen an den Verkäufer oder durch Klage oder durch Einrede

128) Abw. Kipp a. a. O. S. 658.

129) Goldmann-Lilienthal S. 32. Flechtheim a. a. O. S. 77 f. hält wenigstens eine solche Auslegung nur dann für zulässig, wenn nicht der Käufer ausdrücklich erklärt, dass er nur mit einer bestimmten Minderung einverstanden sei.

gemacht und durch die Einverständniserklärung des Verkäufers oder durch rechtskräftiges Urteil oder durch den Beginn der Erfüllung (z. B. teilweise Rückzahlung des bereits ganz gezahlten Kaufpreises) vollzogen wird.

Durch Einverständniserklärung des Verkäufers wird die Minderung nur dann vollzogen, wenn sich das Einverständnis auf Herabsetzung um einen bestimmten Betrag bezieht, nicht durch allgemeines Einverständnis des Verkäufers mit der Minderung überhaupt. Nur dann wird dies letztere ausreichen, wenn sich aus den Verhandlungen ergiebt, dass beide Parteien ausgesprochenermassen damit einverstanden waren, dass durch die Einverständniserklärung des Verkäufers nur eine beiderseitige Bindung an die Minderung überhaupt stattfinden, die Feststellung des Inhalts derselben gemäss den Bestimmungen des § 472 f aber dem billigen Ermessen des Richters überlassen werden sollte.[130] Ein solcher Vertrag — aus dem Gesagten ergiebt sich, dass eine Bindung des Käufers an die Minderung allgemein, ohne Bestimmung über den Umfang der Minderung, durch Einverständniserklärung des Verkäufers nur im Falle eines Vertragsschlusses unter den Parteien stattfinden kann, — muss möglich sein, da das Gesetz in § 316 ausdrücklich von dem Falle handelt, dass die Bestimmung der Leistung einem Dritten überlassen ist. Etwas ganz anderes ist es, ob der Verkäufer zum Abschluss eines Vertrages

130) Staub Anm. 72 zu § 377.

gezwungen werden kann, dessen Inhalt weder von seinem noch von des Käufers Willen abhängig ist. Letzteres wäre eine kein Analogon habende juristische Missbildung die man nicht mehr zu dem rechnen könnte, was man sonst unter Vertrag versteht.[131] — Wenn man nun mit der herrschenden Meinung den Minderungsanspruch als einen Anspruch auf Abschluss des Minderungsvertrages betrachten will, dann ist man gezwungen, entweder eine solche Karrikatur eines Vertrages als vom Gesetz aufgestellt anzunehmen oder dem Käufer nur das Recht zu geben auf Einverständnis mit einer bestimmten Minderung zu klagen und, wenn diese Klage als der Höhe nach unbegründet abgewiesen ist, dieselbe so oft von neuem anzustellen, bis die von ihm verlangte Minderung auch von dem Richter für angemessen erachtet wird. — Sollte dies wirklich die Absicht des Gesetzes sein?! —

Mit dem Minderungsanspruch verlangt der Käufer Herabsetzung des Kaufpreises, während er die Kaufsache behält. (§ 462).

Im gemeinen Rechte war es streitig in welcher Weise die Herabsetzung zu berechnen sei.

Nach dem sog. absoluten Prinzip wird der Wert der Sache, wie sich derselbe unter Berücksichtigung des Mangels ergiebt, geschätzt und der Kaufpreis um so viel herabgesetzt, als die Differenz zwischen ihm und dem so ermittelten Werte der mangelhaften Sache beträgt. Diese Berechnungsmethode wird in sehr vielen Fällen zu einem

131) Eccius a. a. O. S. 334.

befriedigenden Ergebnis führen, da der gewöhnliche Tauschwert der Sache meistens auch dem Kaufpreis entspricht. In vielen Fällen aber entspricht der Preis nicht dem objektiven Werte der Sache, sondern wird durch die verschiedenartigsten Nebenumstände und besondere Affectionen der Parteien beeinflusst und in diesem Falle würde jene Berechnungsmethode zu einem unrichtigen Ergebnis führen, denn es ist durchaus nicht die Absicht des Gesetzes, bei der Minderung diese Nebenumstände unberücksichtigt zu lassen, da hierin eine grosse Ungerechtigkeit gegen eine der Parteien liegen würde. Hat der Käufer unter dem Werte gekauft, so ist es nach dieser Berechnungsweise möglich, wenn die Sache trotz des Mangels noch mehr wert ist als der Kaufpreis, dass der Käufer noch etwas hinzuzahlen muss; übersteigt umgekehrt der Preis den Wert der Sache, so würde die absolute Berechnungsmethode dahin führen, dass infolge der Minderung der Kaufpreis dem jetzigen objektiven Werte der Sache entspräche und der Käufer so einen ganz grundlosen Vermögensvorteil auf Kosten des Verkäufers erlangte.

Es ergiebt sich also, dass diese Berechnungsweise ihrem Grundgedanken nach falsch sein muss. — Die Berechnung der Herabsetzung des Preises hat nicht in der Weise zu erfolgen, dass der von den Parteien unter Rücksicht auf alle möglichen Nebenumstände subjektiv festgesetzte Kaufpreis mit dem objektiven Werte der Sache in mangelfreiem Zustande verglichen wird, sondern wenn man ein

genaues und gerechtes Resultat erreichen will, in der Weise, dass der objektive Wert der Sache in mangelfreiem Zustande mit dem objektiven Werte derselben, den sie nach Aufdeckung des Mangels hat, verglichen und nach dem sich hieraus ergebenden Verhältnisse der subjektiv festgestellte Kaufpreis herabgesetzt wird, um den Betrag zu erhalten, den nach der zu präsumierenden Absicht der Parteien dieselben unter Berücksichtigung der subjektiven Verhältnisse für die Sache in mangelhaftem Zustande festgesetzt haben würden.

Dieser letzteren relativen Berechnungsmethode schliesst sich auch das BGB. in § 472 an. Als massgebenden Zeitpunkt für die Berechnung sowohl des Wertes der mangelfreien als der mit dem Mangel behafteten Sache stellt es zweckentsprechend die Zeit des Vertragsschlusses hin. Jedoch wird man, obwohl es im Gesetz nicht gesagt ist, mit Cosack[132] annehmen müssen, dass wenn die Parteien den Kaufpreis durch Umstände bestimmen lassen, die erst nach dem Vertragschluss eintreten (z. B. den Marktpreis zur Zeit der Lieferung), dann nicht der Schätzungswert zur Zeit des Vertragsschlusses, sondern der des für die Höhe des Kaufpreises entscheidenden Zeitpunktes der Minderung zu Grunde gelegt werden muss.

Die Berechnung der Minderung bietet Schwierigkeiten, wenn der Kaufsache nicht einfach ein Kaufpreis in Geld gegenübersteht, sondern wenn neben

---

132) Bd. I S. 432.

diesem andere nicht in Geld bestehende Nebenleistungen vereinbart sind. Das Gesetz giebt für diesen Fall eine eingehende Sondervorschrift in § 473.

Es ist zunächst der Geldwert dieser Nebenleistungen zur Zeit des Verkaufs festzustellen und unter Hinzuzählen des in Geld bestehenden Kaufpreises der Geldwert der gesamten vom Käufer zu bewirkenden Leistung zu bestimmen. Letzterer wird der Minderungsberechnung zu Grunde gelegt. Die Herabsetzung erfolgt alsdann an dem in Geld zu berichtigenden Kaufpreise. Wenn der Betrag, um den der Kaufpreis herabzusetzen ist, den in Geld zu bezahlenden Preis übersteigt, dann wird nicht etwa an den Nebenleistungen eine Herabsetzung vorgenommen, sondern der Verkäufer hat dem Käufer aus eigenen Mittel den übersteigenden Betrag zu vergüten.

Zur Erläuterung diene folgendes Beispiel: Lehrer A kauft von Tischler B einen eichenen Schreibtisch, der so, wie er sein soll, 150 Mk. wert ist, für einen Kaufpreis von 120 Mk. und gegen die Verpflichtung, eine Zeitlang dem Sohne des B wöchentlich einige Stunden zu geben. Der Tisch ist jedoch, wie sich später herausstellt, nur aus Tannenholz gearbeitet und auch nicht mit der erforderlichen Sorgfalt hergestellt. — A verlangt Minderung. Der wahre Wert des Tisches würde zur Zeit des Vertragsschlusses 50 Mk. betragen haben; die Arbeit des A ist etwa 80 Mk. wert; der gesamte Kaufpreis beträgt also 200 Mk. Dieser ist herabzusetzen in dem Verhältnisse

von 150:50, also um $^2/_3$, d. i. um $133\,^1/_3$ Mk. Da der in Geld zu entrichtende Preis aber nur 120 Mk. beträgt, so hat B ausser den 120 Mk., die er erhalten hat, noch $13\,^1/_3$ Mk. herauszugeben, behält aber den ganzen Anspruch auf die Dienste des A.

Die Regel des § 472 gilt nur für den Fall, dass es sich um nicht vertretbare Nebenleistungen handelt. Handelt es sich um vertretbare Leistungen, so wird man annehmen müssen, dass in diesem Falle der Käufer die Wahl hat, ob er den abzusetzenden Betrag am Geldpreise oder an den Nebenleistungen in Abzug bringen will. Desgleichen wird man, wenn der abzusetzende Betrag grösser ist als der angesetzte Kaufpreis, den Käufer nicht schlechthin zur Zahlung des Überschusses verpflichten, sondern ihm auch hier vielmehr anheimstellen, anstatt dessen eine dem Überschuss entsprechende Menge der empfangenen Nebenleistung herauszugeben.[133]

Zu bemerken ist noch, dass der Anspruch auf Minderung des Kaufpreises ein ganz selbständiger ist und nicht etwa dadurch verloren geht, dass der Käufer trotz des Mangels die Sache vorteilhaft mit Gewinn weiterveräussert.[134]

4. Das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann nicht in der Weise konstruiert werden,

133) Matthiass Bd. I S. 503; Planck Erl. 3 zu § 473; Oertmann Anm. 1 zu § 473.

134) Vgl. Planck Erl. 3 z. § 472; Kuhlenbeck Anm. 1 z. § 472; Motive Bd. II. S. 236. Matthiass Bd. I. S. 503.

wie die Ansprüche auf Wandelung und Minderung von der herrschenden Meinung; es geschieht dies auch nirgends; denn der § 465, auf den sich allein jene Auffassung stützt, findet auf den Schadensersatzanspruch keine Anwendung. Dieser wird geltend gemacht durch einfache Erklärung gegenüber dem Verkäufer oder durch Einrede, nötigenfalls durch Klagerhebung. Es ist anzunehmen, dass der Käufer durch seine einseitige Erklärung, er verlange Schadensersatz, hieran gebunden wird und nicht erst durch die Leistung.[135]

Das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung wird dem Käufer neben den Ansprüchen auf Wandelung oder Minderung in zwei Fällen gewährt, nämlich wenn die Sache zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft nicht hat und wenn der Verkäufer einen Mangel der Sache arglistig verschwiegen hat. (§ 463).

Die Schadensersatzpflicht wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft ist von einem Verschulden des Verkäufers gänzlich unabhängig. Das Gesetz geht davon aus[136], dass nach der Auffassung des Verkehrs die Zusicherung einer Eigenschaft in der Regel die Übernahme einer Garantie für das Vorhandensein derselben und das Versprechen, für alle Folgen im Falle des Fehlens derselben einzustehen, zu bedeuten hat. Was unter Zusicherung einer Eigenschaft zu verstehen und wann das Vorliegen

135) Ebenso Cosack Bd. I. S. 438. IV; A. M. Eccius a. a. O. S. 316.

136) Denkschrift S. 95.

einer solchen anzunehmen ist, ist schon früher erörtert worden.

Um den Schadensersatzanspruch entstehen zu lassen, ist erforderlich, dass die zugesicherte Eigenschaft gerade zur Zeit des Vertragsschlusses fehlt; es genügt nicht, dass sie zur Zeit des Gefahrüberganges nicht vorhanden ist. Ist sie beim Vertragsschluss vorhanden, fällt bis zum Gefahrübergang aber wieder fort, dann hat der Käufer nur die Ansprüche auf Wandelung oder Minderung.[137]

Ausser beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft ist das Recht auf Schadensersatz dem Käufer, wie erwähnt, auch dann gegeben, wenn er einen von ihm Kraft des Gesetzes zu vertretenden Fehler arglistig verschwiegen hat. (Die Begriffsbestimmung des arglistigen Verschweigens ist bereits an anderer Stelle gegeben). In diesem Falle wird der Käufer in der Regel auch das Recht haben, nach § 123 den Kauf wegen arglistiger Täuschung anzufechten und vom Verkäufer Ersatz des negativen Vertragsinteresses zu fordern; allein dass Gesetz hat absichtlich ihm hier das weitergehende Recht auf Ersatz des vollen positiven Erfüllungsinteresses gegeben, um durch die Bedrohung des Verkäufers mit empfindlichen Nachteilen denselben von unredlichem Verhalten zwecks thunlichster Sicherung des Verkehrs möglichst abzuhalten.[138]

Das Recht auf Schadensersatz hat eine grundsätzlich andere Wirkung als das Wandelungsrecht.

137) Matthiass, Bd. I, S. 504.
138) Motive Bd. II, S. 229.

Durch letzteres soll der Kauf rückgängig gemacht und der Zustand hergestellt werden, der bestehen würde, wenn der Kauf garnicht geschlossen wäre. Mit dem Verlangen nach Schadensersatz entfernt sich der Käufer dagegen nicht von dem Boden des Vertrages, sondern auf diesem fussend verlangt er möglichste Herstellung des Zustandes, der sich bei ordnungsmässiger Erfüllung seitens des Verkäufers ergeben würde; er will alle die Vorteile haben, die der Vertrag ihm gewährt haben würde.

Oswald[139] meint, aus den Worten „wegen Nichterfüllung" schliessen zu müssen, dass der Käufer wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages vom Verkäufer Schadensersatz verlangen könne. Diese Ansicht ist nicht zu billigen; das Gesetz giebt keine Anhaltspunkte dafür. Es ist vielmehr anzunehmen, dass mit dem Schadensersatzanspruche der Käufer nur sein Interesse an dem Haben einer mangelfreien Sache ersetzt verlangen, dass er nur das geltend machen kann, dass der Kauf ihm gegenüber in einer Beziehung nicht erfüllt ist, indem der Sache eine Eigenschaft fehlt, für deren Vorhandensein der Verkäufer einzustehen hat. — Natürlich kann dies Recht nach den allgemeinen Vorschriften über Schadensersatz auch zur Zurückweisung der ganzen Sache führen, wenn diese in dem mangelhaften Zustande für den Käufer ohne Interesse

---

139) Deutsche Juristenzeitung Jahrg. 99 S. 213 f.

ist. Allein ohne weiteres ist dem Käufer das Recht, die Sache zurückzuweisen und Geldersatz zu fordern, nicht zuzusprechen.[140]

Auf den Anspruch finden die allgemeinen Vorschriften über Schadensersatz (§§ 249 ff.) Anwendung, nach denen in erster Linie Naturalherstellung, also hier Nachbesserung verlangt werden kann.

Solange die Schadensersatzverbindlichkeit nicht erfüllt ist, kann der Käufer, da hiermit eine dem Verkäufer aus dem gegenseitigen Vertrage obliegende Verpflichtung unerfüllt ist, nach § 320 ev. Abs. II seine Gegenleistung verweigern.[141]

Eine Schwierigkeit ergiebt sich, wenn der Käufer auf Grund des Schadensersatzanspruchs nach dem oben Ausgeführten unter Zurückweisung der Kaufsache Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages fordern kann. In diesem Falle muss man dem Verkäufer, wenn der Käufer erklärt hat, dass er in dieser Weise von seinem Rechte Gebrauch machen wolle, natürlich auch die Berechtigung zugestehen, die Rückgabe der mangelhaften Sache zu verlangen. Ist dies nun ganz oder teilweise unmöglich so fragt es sich, ob die Regeln über die Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen oder die allgemeinen Regeln über Unmöglichkeit der Leistung anzuwenden sind. An sich liegt es nahe, die ersteren zur Anwendung zu bringen, da der Käufer mit seinem Schadensersatzanspruch auf dem Boden des Vertrages stehen bleibt, derselbe also ein

140) Eccius a. a. O. S. 336; Staub Anm. 80 zu § 377; Kipp, a. a. O. Bd. II, S. 654.

141) Kipp a. a. O.

vertragsmässiger ist. Allein dies würde im Einzelfalle zu einem äusserst unbilligen Resultate führen. Die Regeln über die Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen sind, wie sich aus der ratio der Bestimmungen ergiebt, auf den Fall zugeschnitten, dass Leistung und Gegenleistung sich wenigstens nach der Parteiabsicht als gleichwertig gegenüberstehen, wie es ja bei den von vornherein geschuldeten Leistungen bei gegenseitigen Verträgen der Fall ist. — Aber hier sind beide Leistungen nicht einander gleichwertig, die eine steht durchaus nicht zu der anderen in einem solchen Verhältnis, dass sie nur gegeben wird, um die andern zu erlangen. Stellt man die Rückgabe der mangelhaften Ware allein oder stellt man Kaufpreis und Rückgabe der Ware zusammen der Schadensersatzleistung gegenüber, stets wird sich ergeben, dass die Leistungen der beiden Vertragsteile sich nicht als Aequivalent, wie es bei gegenseitigen Verträgen der Fall ist, gegenüber stehen und dass die Regeln über die Unmöglichkeit der Leistung bei diesen hier zu äussert unbilligen Resultaten führen müssten. Man wird daher, da dass Gesetz unmöglich dies beabsichtigt haben kann, dem Sinne desselben gemäss nicht diese Regeln, sondern die allgemeinen Vorschriften über die Unmöglichkeit der Leistung anzuwenden haben.

5. Das Verhältnis der Rechte zu einander.

Es soll hier nur das Verhältnis der Gewährleistungsansprüche im engeren Sinne zu einander, also der Rechte auf Wandelung, Minderung, Schadens-

ersatz wegen Nichterfüllung und des weiter unten zu behandelnden Anspruchs auf Nachlieferung einer mangelfreien Gattungssache festgestellt werden. Das Verhältnis derselben zu den andern unter 1 aufgezählten Rechten sowie dieser untereinander regelt sich nach den allgemeinen Vorschriften, deren Erörterung über den Rahmen dieser Arbeit hinausreichen würde.

Vorausgeschickt möge noch werden, dass die Gewährschaftsansprüche im engeren Sinne sämtlich, auch wenn sie an sich gegeben sind, dem Käufer dadurch verloren gehen, dass er die Sache in Kenntnis des Mangels vorbehaltlos annimmt, und zwar einerlei ob es sich um den Mangel gewöhnlich vorausgesetzter oder besonders zugesicherter Eigenschaften handelt oder gar Arglist des Verkäufers vorliegt. (§ 464). — Man kann hier eben davon ausgehen, dass in der vorbehaltlosen Annahme in Kenntnis des Mangels nach Treu und Glauben ein Verzicht auf die Geltendmachung der Rechte aus demselben zu sehen ist;[142] jedenfalls würde die spätere Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstossen.[143]

Die Rechte gehen dem Käufer nur verloren, wenn er den Mangel positiv gekannt hat bei der Annahme; fahrlässiges und selbst grobfahrlässiges Nichtkennen genügen hierzu nicht. Dem Käufer ist seine Kenntnis des Mangels von dem Gegner gegebenenfalls zu beweisen.

---

142) Denkschrift S 95

143) Matthiass, Bd. I, S 504 f.

Der Käufer geht seiner Rechte wegen des Mangels nicht verlustig, wenn er sich dieselben bei der Annahme vorbehält, wofür er selbst den Beweis zu erbringen hat. — Das Gesetz spricht davon, dass der Vorbehalt „bei der Annahme" erfolgen muss. Dies ist nicht streng zu nehmen. In solchen Fällen, in denen die Sache an den Käufer nicht von Person zu Person übergeben, sondern durch irgend welche Mittelspersonen übersandt wird, ist ein Vorbehalt „bei" der Annahme gar nicht denkbar. In diesen Fällen wird anzunehmen sein, dass der Vorbehalt unverzüglich nach der Annahme durch den Käufer zu erfolgen hat, und zwar wird es genügen müssen, wenn der Käufer die Vorbehaltserklärung unverzüglich abgesandt hat, während der Zeitpunkt der Ankunft derselben beim Verkäufer gleichgültig ist,[144] vorausgesetzt, dass sie ihm überhaupt zugeht.[145]

Der Vorbehalt darf nicht ganz allgemein gehalten sein,[146] sondern muss den Mangel, wegen dessen die Rechte vorbehalten werden, wenigstens so genau angeben, dass der Verkäufer sich darnach über denselben orientieren und seine Massnahmen treffen kann, denn anderenfalls wäre die Bestimmung des Gesetzes zwecklos.

Aus dem Umstande, dass nur positive Kenntnis des Mangels genügt, um den Käufer seine Rechte wegen desselben verlieren zu lassen, erhellt, dass das Gesetz demselben nicht etwa eine Prüfungs- und Anzeigepflicht, wie sie im altdeutschen Rechte

144) Cosack, Bd. I, S. 434. Staub, Anm. 102 zu § 377.
145) Matthiass, Bd. I, S. 504.
146) Staub, Anm. 102 zu § 377.

bestand und noch jetzt im Handelsrecht vorhanden ist, auferlegt. — Das schliesst jedoch selbstverständlich nicht aus, dass im Einzelfalle nach den besonderen Umständen in der Unterlassung der Untersuchung und der sofortigen Anzeige eines entdeckten Mangels insbesondere in Verbindung mit einem bestimmten Vorhalte des Käufers ein Verzicht desselben auf die Geltendmachung seiner Rechte aus dem Mangel gesehen werden kann.[147]

Das Verhältnis der Gewährschaftsansprüche zu einander gestaltet sich so, dass dieselben, soweit sie im Einzelfalle überhaupt zugelassen sind, dem Käufer wohlweise nebeneinander zustehen. Er kann nicht alle Rechte oder mehrere von ihnen zusammen, sondern stets nur eins von ihnen geltend machen. Jedoch kann er von dem einmal gewählten Anspruche wieder abgehen, bis derselbe „vollzogen" ist. — Die Ansprüche auf Wandelung und Minderung (und entsprechend auch der Anspruch auf Lieferung einer anderen Gattungssache) sind nach dem Ausgeführten vollzogen, wenn der Verkäufer sich mit ihnen einverstanden erklärt hat oder dem Käufer der Anspruch durch rechtskräftiges Urtheil zuerkannt oder seitens des Verkäufers mit der Erfüllung begonnen ist. Erst in diesem Augenblicke ist der Käufer also an seine Wahl gebunden.

Bei dem Anspruch auf Schadensersatz ist das anders. Hier ist nach Analogie von § 262, 263 anzunehmen, dass der Käufer schon mit der einseitigen

147) Motive Bd. II, S. 230. Matthiass, Bd. I, S. 505.

Erklärung gegenüber dem Verkäufer, er verlange Schadensersatz, an diese Wahl gebunden ist und nicht mehr zu einem anderen Anspruch übergehen kann. — Die von Eccius[148] aufgestellte Behauptung, dass der Anspruch auf Schadensersatz nur durch Leistung vollzogen werde und der Käufer erst dann an seine Wahl gebunden sei, entbehrt der Begründung.

Die obige Regel, dass der Käufer bis zu dem Augenblicke der endgültigen Vollziehung eines der Ansprüche das ius variandi unter denselben hat, ist ausnahmslos streng durchgeführt. Die von Staub[149] behauptete Ausnahme, dass durch die Geltendmachung des Minderungsrechts trotz Kenntnis des Mangels das Wandelungsrecht wegen dieses Mangels ausgeschlossen werde, ist im Gesetz nirgend erwähnt nnd lässt sich aus demselben nicht begründen.

Der Verkäufer kann auf die Beschleunigung der Wahl des Käufers insofern einen Druck ausüben, als er ihn unter Erbieten zur Wandelung und unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern kann, ob er Wandelung verlange. In diesem Falle kann die Wandelung nur bis zum Ablaufe der Frist begehrt werden, sodass nach Ablauf derselben der Käufer nur noch die Wahl zwischen den übrigen Ansprüchen hat. (§ 466). Dies Recht hat jedoch insofern wenig Bedeutung, als es

148) Vgl. Anm. 81.
149) Anm. 56 z. § 377.

nur ausgeübt werden kann, wenn der Käufer dem Verkäufer gegenüber einen Mangel behauptet hat;[150] ersterer kann es also dadurch umgehen, dass er dies einfach unterlässt. Dritten gegenüber kann er sich ruhig über den Mangel äussern.

Abgesehen hiervon wird die Geltendmachung der Gewährschaftsansprüche dem Käufer erst durch die Verjährung abgeschnitten.

III. Besondere Fälle.

1. Kauf einer nur der Gattung nach bestimmten Sache.

Im gemeinen Rechte war es bestritten, ob beim Genuskauf die Gewährschaftsklagen gegeben seien oder nicht. — Thöl[151] u. A. behaupteten, beim Genuskauf sei die mangelhafte Sache ein ganz anderes Objekt als das, auf welches der Kaufvertrag laute; infolge dessen müsse sich auch das Recht des Käufers darauf beschränken, die Lieferung mangelfreier, vertragsmässiger Ware zu verlangen, dagegen könne er nicht die ädilicischen Ansprüche geltend machen. Die herrschende Ansicht schloss sich dem jedoch nicht an, sondern gab auch beim Genuskauf dem Käufer die Gewährschaftsklagen.

---

150) Schollmeyer S. 16; Endemann, Bd. I, S. 724 Anm. 19; a. M. Planck, Erl. 2 zu § 466, der dem Verkäufer das Recht der Fristsetzung schon dann zugesteht, wenn der Käufer auf eine bezügliche Anfrage des Verkäufers hin schweigt.

151) Bd. I, S. 275.

Dieser Meinung folgt auch das BGB. Es lässt auf den Kauf nur der Gattung nach bestimmter Sachen im allgemeinen die gewöhnlichen Regeln über die Gewährleistung beim Kauf Anwendung finden und stellt nur in § 480 einige Sondervorschriften auf.[152]

Zu bemerken ist, dass das Gesetz unter „der Gattung nach bestimmten" Sachen begrifflich etwas durchaus anderes versteht als unter vertretbaren Sachen. Die Vertretbarkeit richtet sich ausschliesslich nach der Verkehrsanschauung; vertretbar sind solche Sachen, die im Verkehr nach Zahl, Mass oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen. (§ 91.) Dagegen kommt es bei Entscheidung der Frage, ob individuell oder nur nach Gattungsmerkmalen bestimmt, ausschliesslich auf den Willen der Parteien an. — Eine Gattungsobligation wird in der Regel vertretbare Sachen zum Gegenstande haben; allein ebensowohl wie eine an sich vertretbare Sache im Einzelfalle als Schuldgegenstand individuell bezeichnet werden kann, so kann auch eine an sich nicht vertretbare Sache nach Gattungsmerkmalen von den Parteien bestimmt werden.

---

152) Die Vorschriften über die Gewährleistung finden natürlich beim Gattungskauf dann nicht Anwendung, wenn die gelieferte Sache von der vereinbarten so sehr abweicht, dass sie nicht mehr als zu derselben Gattung gehörig betrachtet werden kann. Dies bildet aber keine Abweichung von den Vorschriften über den Spezieskauf, denn es ist die gekaufte Sache hier überhaupt nicht geliefert, sondern eine ganz andere, und wenn dies der Fall ist, dann finden auch beim Spezieskauf die Bestimmungen über Gewährleistung wegen Sachmängel keine Anwendung.

Beim Gattungskauf kann der Käufer ebenso wie beim Spezieskauf, wenn ihm eine zur Zeit des Gefahrübergangs mit einem Mangel behaftete Sache geliefert wird, Wandelung oder Minderung verlangen. Auf diese Ansprüche finden die oben ausgeführten Bestimmungen Anwendung. Natürlich kann die Vorschrift des § 460, dass Kenntniss des Mangels auf Seiten des Käufers zur Zeit des Kaufabschlusses die Haftung des Verkäufers ausschliesst, nicht Anwendung finden, da Kenntniss eines Mangels bei einer nur nach Gattungsmerkmalen bestimmten, noch nicht ausgeschiedenen Sache nicht denkbar ist.

Bei arglistigem Verschweigen eines Mangels von seiten des Verkäufers sowie bei Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft hat der Käufer auch das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Jedoch ist hier vorausgesetzt, dass zur Zeit des Gefahrüberganges, nicht der des Vertragsschlusses, die zugesicherte Eigenschaft vorhanden war bezw. der Mangel vom Verkäufer verschwiegen wurde. Diese Änderung folgt mit Notwendigkeit daraus, dass das vom Verkäufer zu leistende Stück nicht wie beim Vertragsschluss, sondern in Wirklichkeit erst durch den Akt endgültig bestimmt wird, durch dessen Vornahme die Gefahr auf den Käufer übergeht.

Insofern das Gesetz beim Gattungskauf dem Käufer die Gewährschaftsansprüche giebt, geht es davon aus, dass demselben zwar geleistet ist, was er zu verlangen hat, aber mangelhaft. Ausserdem giebt es ihm aber auch noch das Recht, sich auf den Standpunkt zu stellen, dass ihm überhaupt noch

nicht geleistet ist. Der Käufer kann verlangen, dass ihm anstatt der mangelhaften Sachen eine mangelfreie geliefert wird. Mit diesem Anspruch fordert der Käufer Erfüllung des Vertrages, derselbe muss sich daher nach den allgemeinen Regeln über die Erfüllung des Kaufs richten. Der Käufer kann demzufolge nach den allgemeinen Vorschriften neben der Lieferung einer mangelfreien Sache sein Interesse, insbesondere Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung des Vertrags verlangen, da die Lieferung der mangelhaften Sache von diesem Standpunkte aus keine Erfüllung ist. [153]

Da dieser Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache ein Anspruch anf Erfüllung des Kaufs ist, so kann er eigentlich nicht als Gewährleistungsanspruch angesehen werden. Allein das Gesetz gestaltet ihn dennoch als einen solchen, indem es in § 480 Abs. I auf ihn die meisten der für die Wandelung geltenden Vorschriften für entsprechend anwendbar erklärt. — Theoretisch ist zwar dieser Anspruch etwas grundsätzlich anders als der Wandelungsanspruch, indem mit ersterem Erfüllung, mit letzterem Rückgängigmachung des Kaufs gefordert wird, jedoch haben beide sehr viele Ähnlichkeiten, denn praktisch bedeutet das Verlangen der Lieferung einer mangelfreien Sache unter Zurückweisung der mangelhaften gewissermassen auch eine Rückgängigmachung des Kaufs in Beziehung auf die mangelhafte Sache. Die für die Wandelung gegebenen Bestimmungen über Rückgabe der mangelhaften Sache

153) S. Motive Bd. I, S. 242. Goldmann-Lilienthal, S. 158. N. 3.

u. s w. lassen sich daher sehr wohl auf den hier behandelten Anspruch übertragen, und so rechtfertigt sich die oben genannte Verweisung des Gesetzes in § 480 I. Nach dieser stellt sich der Anspruch auf Lieferung einer anderen Gattungssache kurz etwa folgendermassen dar.

Durch vorbehaltlose Annahme der mangelhaften Sache in Kenntniss des Mangels verliert der Käufer seinen Anspruch. (§ 464).

Die Konstruktion des Anspruchs ist dieselbe wie die bei der Wandelung eingehend erörterte. Nach der herrschenden Meinung ist auch dieser Anspruch ein Anspruch auf Einverständniserklärung des Verkäufers. Der Käufer kann hiernach nur verlangen, dass der Verkäufer sich durch Vertrag damit einverstanden erklärt, dass er Lieferung einer mangelfreien Sache verlangt, und erst auf Grund dieses Vertrages kann er wirklich die Nachlieferung und das ev. Interesse wegen verzögerter Erfüllung verlangen. Es ist bereits an anderer Stelle darauf hingewiesen worden, welche Gewalt man den klaren Gesetzesworten anthun muss, wenn man diese Konstruktion annehmen will. Weit brauchbarer und den Gesetzesworten entsprechender erscheint auch hier die andere Auffassung, nach welcher der Anspruch wirklich sofort auf Lieferung mangelfreier Ware geht, nicht erst auf Abschluss eines Vertrages, und durch Verlangen an den Verkäufer oder durch Einrede oder durch Klage geltend gemacht und durch Einverständniserklärung oder rechtskräftiges Urteil oder Beginn der Erfüllung vollzogen wird, nach welcher

der § 465 nur die Bedeutung hat, dass, wenn der Verkäufer sich mit dem Anspruch einverstanden erklärt hat, der Käufer nun nicht mehr von demselben abgehen kann und nunmehr beide Parteien ihre Rechte geltend machen können — und zwar, wenn durch die Einverständniserklärung ein Vertrag über den Anspruch zustande gekommen ist, ohne Rücksicht darauf, ob die Rache wirklich mangelhaft ist oder nicht, — und durch den § 465 das Recht, bei Weigerung des Einverständnisses des Verkäufers direkt auf Lieferung zu klagen, nicht ausgeschlossen wird.

Auch bei diesem Anspruch kann der Verkäufer, wenn der Käufer ihm gegenüber einen Mangel behauptet hat, sich durch Erbieten zur Nachlieferung und durch Fristsetzung Gewissheit darüber verschaffen, ob der Käufer denselben geltend machen will, da auch hier nach Ablauf der Frist die Geltendmachung desselben ausgeschlossen ist. (§ 466.)

Sobald der Anspruch endgültig „vollzogen" ist, ist der Käufer zur Rückgewähr der gelieferten mangelhaften Sache Zug um Zug gegen Lieferung einer mangelfreien Sache derselben Gattung verpflichtet. (§ 467 Abs. I, 346, 348.)

Die Ansprüche auf Schadensersatz wegen Verschlechterung, Untergangs oder sonstiger Unmöglichkeit der Herausgabe der Kaufsache, wegen Verwendungen auf dieselbe und wegen der Herausgabe von Nutzungen bestimmen sich nach den oben für die Wandelung ausgeführten Regeln. Dasselbe gilt

von der Beantwortung der Frage, wann durch Unmöglichkeit der Herausgabe, Umgestaltung, Veräusserung oder Belastung der gelieferten Sache der Anspruch auf Lieferung mangelfreier Sachen ausgeschlossen wird. (§ 347.)

Kommt der Käufer mit der Rückgewähr der gelieferten Sache in Verzug, dann kann ihm der Verkäufer hierzu eine angemessene Frist setzen, nach deren erfolglosem Ablauf die auf Grund des Anspruchs erfolgte Zurückweisung der gelieferten Sache nebst ihren Folgen unwirksam wird. (§ 354). Eine Abweichung vom Wandelungsanspruch liegt darin, dass der Verkäufer nicht die Vertragskosten zu ersetzen hat.[154] Diese Abweichung ist dadurch geboten, dass mit diesem Anspruch Erfüllung des Vertrages, nicht, wie bei der Wandelung, Aufhebung desselben gefordert wird.

Inwieweit die noch übrigbleibenden Vorschriften über die Wandelung auch auf den hier in Rede stehenden Anspruch anzuwendnn sind, soll gelegentlich der weiter unten erfolgenden Betrachtung dieser Vorschriften selbst erörtert werden.

In § 480 ist unter den für die Wandelung geltenden Bestimmungen, die auf den Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache für anwendbar erklärt sind, auch der § 479 erwähnt; dies ist jedoch offenbar ein Versehen in der Fassung des § 480, da der § 479 gar nicht für die Wandelung gilt, und ist

154) In § 480 ist nur der Satz 1 des § 467 für anwendbar erklärt, nicht auch Satz 2.

daher einfach zu streichen. Die von Kipp [155] versuchte Erklärung ist zu gesucht, um annehmbar erscheinen zu können.

2. Mehrheit der Parteien.

Sind bei einem Kaufe mehrere Personen als Käufer oder Verkäufer beteiligt, dann können die Ansprüche auf Wandelung und auf Lieferung einer mangelfreien Sache von ihnen nur einheitlich, von allen und gegen alle ausgeübt werden. Erlöschen sie für einen der Beteiligten, so erlöschen sie für alle. (§§ 467 Satz 1, 356, 480 Abs. I).

Das Minderungsrecht kann dagegen bei Beteiligung mehrerer von jedem derselben und gegen jeden ausgeübt werden (§ 474), und zwar wirkt die von oder gegenüber einem der Beteiligten durchgesetzte Minderung nicht etwa ohne weiteres für und gegen die übrigen, sondern es ist sehr wohl möglich, dass von einem anderen Käufer oder gegenüber einem anderen Verkäufer eine noch weitergehende Herabsetzung des Kaufpreises oder eine nicht so weit gehende oder vielleicht gar keine erwirkt wird.[156] — Wohl aber hat die von einem Käufer und gegen einen Verkäufer vollzogene Minderung die Rechtswirkung allen Beteiligten gegenüber, dass dadurch die Ansprüche auf Wandelung und auf Lieferung einer anderen Gattungssache gänzlich ausgeschlossen werden. (§§ 447 Abs. 2, 480 Abs. 1).

155) a. a. O. S. 664 Nr. 2.
156) Cosack, Bd. I, S. 432.

Was die Behandlung des Schadensersatzanspruchs bei Beteiligung mehrerer angeht, so sind im Gesetz Bestimmungen darüber nicht enthalten; man wird annehmen müssen, dass er ebenso wie der Minderungsanspruch von jedem und gegen jeden geltend gemacht werden kann. Es wird auch die Schlussfolgerung nicht von der Hand zu weisen sein, dass mit der Vollziehung des Schadensersatzanspruchs einem der Beteiligten gegenüber die Ansprüche auf Wandelung und auf Lieferung einer mangelfreien Sache ausgeschlossen sein müssen, da hierfür dieselben Erwägungen sprechen, wie für die entsprechende Regel bei der Minderung.

3. Mehrheit der Mängel.

Ist die Kaufsache mit mehreren Mängeln behaftet, so ist, wenn wegen eines Mangels der Kauf gewandelt oder Lieferung anderer Gattungssachen verlangt ist, die Geltendmachung weiterer Rechte wegen eines anderen Mangels der Natur der Sache nach selbstverständlich ausgeschlossen, da ja nunmehr der Käufer die mangelhafte Sache zurückerhalten hat.

Hat der Käufer dagegen wegen eines Mangels Minderung eines Kaufpreises verlangt, so muss es ihm natürlich freistehen, da er die Kaufsache behalten hat und ein bei der Minderung noch nicht berücksichtigter Mangel ihn noch weiter schädigt, auch wegen dieses Mangels den Minderungsanspruch und die übrigen Gewährleistungsansprüche geltend

zu machen (§§ 475, 480 Abs. I). Allerdings ist hierbei stets zu berücksichtigen, dass bereits einmal der Kaufpreis herabgesetzt ist; wenn der Käufer z. B. wegen eines anderen Mangels Lieferung mangelfreier Ware fordert, so hat er den infolge der wegen des ersten Mangels erfolgten Minderung nicht bezahlten oder zurückerhaltenen Teil des ursprünglichen Kaufpreises dem Verkäufer jetzt herauszuzahlen, da er billigerweise die Lieferung gänzlich mangelfreier Sachen nur für den ursprünglichen, nicht den herabgesetzten Preis verlangen kann.

Hat der Käufer wegen eines Mangels Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, so wird man die Frage, ob er wegen eines anderen Mangels noch die übrigen Gewährschaftsansprüche geltend machen kann, nach den Umständen des Einzelfalls entscheiden müssen, während man ihm das Recht, wegen eines weiteren Mangels weiteren Schadensersatz zu verlangen in keinem Falle wird absprechen können. Ist er z. B. berechtigt, auf Grund seines Schadensersatzanspruchs die gelieferte mangelhafte Sache gänzlich zurückzuweisen, so hat dies eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Anspruch auf Wandelung, und es wird daher anzunehmen sein, dass er in diesem Falle auf die anderen Rechte nicht wird zurückgreifen können. Hat er dagegen, ohne die gelieferte Sache zurückzuweisen, nur Nachbesserung oder Geldersatz wegen des Mangels verlangt, dann wird man ihm das Recht, wegen des weiteren Mangels noch die anderen Gewährleistungsansprüche geltend zu machen, nicht absprechen können.

Zu beachten ist, dass unter Umständen darin, dass der Käufer einen andern bereits vor Geltendmachung des einen Mangels entdeckten Fehler nicht mit diesem zusammen, sondern nachträglich geltend macht, ein Verzicht auf die aus diesem ihm erwachsenen Rechte erblickt werden kann.[157]

4. Mehrheit der Kaufsachen.

Sind mehrere Sachen durch einen Vertrag in der Weise gekauft, dass für jede derselben ein besonderer Preis festgesetzt ist, so liegen in Wahrheit ebensoviel Kaufverträge als Sachen vor, und es ist daher nur natürlich, dass wegen eines Mangels einer der Sachen auch nur hinsichtlich dieser die Gewährleistungsansprüche gegeben sind.

Aber auch wenn für die mehreren Sachen ein Gesamtpreis vereinbart ist, so sollen doch nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes die Ansprüche auf Wandelung und auf Lieferung einer mangelfreien Sache, wenn nur eine der mehreren Sachen mangelhaft ist, auch nur hinsichtlich dieser Sache gegeben sein. (§§ 469 Abs. I, 480 Abs. I.)

Sind aber die Sachen als zusammengehörig verkauft, dann kann der Käufer, wenn er nachweist, dass die mangelhaften Sachen nicht ohne Nachteil für ihn von den übrigen Sachen getrennt werden können, verlangen, dass diese Ansprüche auf alle zusammen verkauften Sachen ausgedehnt werden. (§§ 469 Abs. 2., 480 Abs. I.) Die Billigkeit fordert,

157) Planck, Erl. 1 zu § 475; Dernburg, Bd. II, 2, S. 66_8.

dass der Verkäufer in diesem Punkte nicht schlechter behandelt wird als der Käufer, und so bestimmt das Gesetz, dass auch er Erstreckung der obigen Ansprüche auf alle als zusammengehörig verkauften Sachen verlangen kann, wenn die mangelhafte Sache nicht ohne Schaden für ihn von den andern getrennt werden kann.

Man wird annehmen müssen, dass unter Umständen eine der Parteien auch Ausdehnung der beiden Ansprüche auf nur einige der übrigen mangelfreien Sachen, nicht auf alle verlangen kann, wenn die Trennung der mangelhaften Sachen nur von diesen, nicht auch von den andern, für sie von Nachteil ist.[158] [159]

Stehen die zusammen verkauften Sachen zu einander im Verhältniss von Hauptsache und Nebensache, so sind ohne Rücksicht darauf, ob sie für einen Gesamtpreis, ob sie als zusammengehörend verkauft sind, ob die Trennung der mangelhaften Sachen von den andern für eine der Parteien von Nachteil ist oder nicht, wenn die Nebensache mangelhaft ist, die Ansprüche auf Wandelung und auf Lieferung einer mangelfreien Sache stets nur in Ansehung dieser gegeben; ist dagegen die Hauptsache mit einem Mangel behaftet, so erstrecken sich jene Ansprüche in allen Fällen auch auf die Nebensache. (§§ 470, 480 Abs. I.)

158) Kipp, a. a. O. S. 660.

159) Über die Schwierigkeiten, die dieser Fall der Erstreckung der Wandelung auf alle als zusammengehörig verkauften Sachen bei der Auffassung des Wandelungsanspruchs als eines Anspruchs auf Abschluss des Wandelungsvertrages bietet, und über die unannehmbaren praktischen Folgen, die sich daraus ergeben, darüber vgl.: Eccius, a. a. O. S. 337 f.

Was als Haupt- und was als Nebensache anzusehen ist, dafür lassen sich keine allgemeinen Regeln aufstellen, vielmehr ist dies in jedem einzelnen Falle nach dem Zwecke und dem Inhalt des Vertrages und den sonstigen Nebenumständen unter Berücksichtigung der Verkehrssitte zu entscheiden; jedenfalls wird aber stets das Zubehör als Nebensache anzusehen sein.

Wenn nach vorstehenden Regeln die Wandelung nur hinsichtlich einer oder einzelner der mehreren für einen Gesamtpreis verkauften Sachen zulässig ist, so bleibt der Käufer in Ansehung der nicht von der Wandelung betroffenen Sachen zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet, es muss also der auf diese entfallende Teil des Gesamtkaufpreises festgestellt werden. Da bei Festsetzung des Kaufpreises die Parteien davon ausgehen, dass alle Sachen in mangelfreiem Zustande seien, und, um weder den Käufer noch den Verkäufer zu schädigen, an dem unter den Parteien vereinbarten Verhältniss zwischen dem Kaufpreise und dem Wert der Sache, nichts geändert werden darf, so schreibt das Gesetz zweckentsprechend vor, dass der Gesamtpreis in dem Verhältnisse herabzumindern ist, in dem zur Zeit des Vertragschlusses der Gesamtwert der Sachen in mangelfreiem Zustande zu dem Werte der nicht von der Wandelung betroffenen Sachen stand. (§ 471.)

Was die Minderung bei einer Mehrheit zusammenverkaufter Sachen angeht, so ist hier, anders als bei der Wandelung, zu unterscheiden, ob für die Sachen ein Gesamtpreis festgesetzt ist

oder nicht. — Ist dies nicht der Fall, ist also für jede einzelne Sache ein Einzelpreis vereinbart, dann wird, wenn nur eine oder einzelne der Sachen mangelhaft sind, nur der Einzelpreis für diese herabgesetzt, während der Preis der übrigen mitverkauften Sachen unberührt bleibt, auch wenn durch den Mangel der einen Sache die übrigen, an sich mangelfreien Sachen erheblich im Werte sinken.

Wird dagegen die Sache für einen Gesamtpreis verkauft, so tritt die Herabsetzung des Kaufpreises nicht nur hinsichtlich der mangelhaften, sondern hinsichtlich aller zusammen verkauften Sachen ein. Der Gesamtpreis wird nicht nur um einen Betrag herabgesetzt, der der Wertminderung des einzelnen mangelhaften Stückes durch den Mangel entspricht, sondern in der Weise, dass der Wertverlust, den alle Sachen durch den Mangel des einen Stückes erleiden, berücksichtigt wird, oder, wie das Gesetz sagt, dass bei der Herabminderung der Gesamtwert aller Sachen zu Grunde gelegt wird. (§ 472 Abs. 2.).

Wertminderungen, die die Sachen, hinsichtlich deren Minderung nicht verlangt wird, in der Zeit nach dem Kaufabschluss erlitten haben, ohne dass sich ein Gewährleistungsanspruch darauf gründete, kommen, da, wie oben ausgeführt, für die Minderung der Wert der Sache zur Zeit des Vertragsschlusses massgebend ist, hierbei nicht in Betracht. —

Der Unterschied, den das Gesetz in der Behandlung der Minderung beim Verkaufe mehrerer Sachen zu einem Gesamtpreise und dem zu Einzelpreisen macht, ist ein willkürlicher, da der hier zum ent-

scheidenden Punkt gemachte Umstand etwas ganz Zufälliges ist; man kann durchaus nicht mit Bestimmtheit aus ihm entnehmen, ob die Parteien die zusammen verkauften Sachen auch wirklich als zusammengehörend, als eine Einheit betrachteten oder nicht. Allein wenn dies auch als eine Unbilligkeit empfunden werden und eine ähnliche Unterscheidung wie bei der Wandelung zweckentsprechender sein dürfte, so kann man sich doch hierin nicht über den klaren Wortlaut des Gesetzes, das keine andere Auslegung zulässt, hinwegsetzen, wie Dernburg[160] es thut; auch dürfte die von ihm dafür angeführte Begründung, diese Bestimmung des Gesetzes sei eine „Sonderbarkeit" und bei der Auslegung desselben müsse man annehmen, dass es Sonderbarkeiten nicht beabsichtigte, kaum ausreichend sein.[161]

IV. Verjährung der Gewährleistungsansprüche.

Die Verkehrssicherheit erfordert es, dass der Verkäufer nicht allzulange darüber in Ungewissheit gehalten werde, ob der Käufer sich auf das Vorhandensein eines Mangels berufen und daraufhin Rechte geltend machen will oder ob er mit der Beschaffenheit der gelieferten Sache einverstanden ist. Auch soll der Käufer nicht allzulange auf Kosten

160) Bd. II 2, S. 67, Note 9.
161) Vgl. Cosack, Bd. I, S. 433.

des Verkäufers mit der Sache spekulieren können, indem er abwartet, ob eine Preissteigerung oder ein Niedergang eintritt und jenachdem die Sache anstandslos behält oder sie zurückgiebt. Als schwerwiegender Punkt kommt noch hinzu, dass es nach längerer Zeit erhebliche Schwierigkeiten bietet, festzustellen, ob im entscheidenden Zeitpunkte die Sache wirklich mit Mängeln behaftet war. Alle diese Erwägungen haben dazu geführt, dass man im Handelsverkehr dem Käufer bei Gefahr des Verlustes seiner Ansprüche die Pflicht zur unverzüglichen Untersuchung und Mängelanzeige auferlegt hat.

Im gewöhnlichen Verkehr wäre eine solche Massregel nicht gut durchführbar, da man dem Käufer, der nicht Geschäftsmann ist, unmöglich eine solche Pflicht auferlegen könnte. Allein es erschien aus den angegebenen Gründen auch hier als durchaus notwendig, eine kurze Frist für die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche festzusetzen. Und so hat das BGB in Anschluss an das bisherige gemeine Recht eine kurze Verjährungsfrist für sämmtliche Gewährleistungsansprüche (auf Wandelung, Lieferung einer mangelfreien Sache, Minderung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung[162]) eingeführt. (§§ 477, 480 Abs. I.)

Diese kurze Verjährung greift jedoch nicht Platz und es tritt daher die regelmässige Verjährung an ihre Stelle, wenn der Verkäufer den Mangel arg-

162) Dies ist eine Abweichung vom gemeinen Rechte, das nur die ädilicischen Ansprüche einer kurzen Verjährung unterwarf nicht auch den Anspruch auf das Interesse. Vgl. Windscheid. Bd. II, § 393 Note 13.

listig verschwiegen hat, denn in diesem Falle fallen die oben genannten Erwägungen, die zur Einführung der kurzen Verjährung Anlass gegeben haben, fort, indem der Verkäufer einmal bei arglistigem Verschweigen des Mangels darauf gefasst sein musste, — das geht aus dem Begriff der Arglist hervor, — dass der Käufer, wenn er den Mangel entdeckte, auf Grund desselben seine Rechte geltend machen würde, andererseits kein Grund besteht, zu Gunsten des arglistigen Verkäufers dem Käufer die Möglichkeit des an sich nicht zu billigenden Spekulierens mit der Sache, wodurch er aber hier dem Verkäufer nur Gleiches mit Gleichem vergilt, abzuschneiden, und endlich in Beziehung auf die Erschwerung der Beweislast durch Zeitablauf der arglistige Verkäufer keine Rücksichtnahme verdient, es daher dem Käufer überlassen bleiben kann, ob er trotz der verstrichenen Zeit den Beweis der Mängel erbringen will. — Der Begriff des arglistigen Verschweigens ist bereits an anderer Stelle näher erörtert.

Es ist hier, anders als bei der Voraussetzung für die Zulässigkeit des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, nicht erforderlich, dass der Verkäufer den Mangel gerade beim Kaufabschluss verschwiegen hat, vielmehr genügt arglistiges Verschweigen auch sonst irgendwie bei der Erfüllung, insbesondere z. B. wenn der Verkäufer einen erst nach dem Vertragsschluss von ihm entdeckten Mangel bei der Ablieferung der Sache künstlich verdeckt, sodass der Käufer denselben nicht bemerkt.

Im Falle des arglistigen Verschweigens eines Mangels tritt, wie gesagt, die regelmässige Verjährung ein, in allen übrigen Fällen dagegen sollen die Gewährleistungsansprüche bei beweglichen Sachen in 6 Monaten, bei Grundstücken in einem Jahre verjähren.

(Die Gesetzeskommission hat die Konstruktion des Wandelungsrechts etc. als eines Rechts auf Abschluss des Wandelungsvertrages hauptsächlich aus dem Grunde gewählt, um dieses und die ähnlichen Rechte zu „Ansprüchen" im Sinne des § 194 zu machen und sie so der Verjährung unterwerfen zu können, aber auch bei der hier vertretenen abweichenden Auffassung lassen sich, wie oben Anm. 60 gezeigt, diese Rechte sehr wohl ohne jeden Zwang als Ansprüche in diesem Sinne betrachten und der Verjährung unterwerfen.

Der Beginn des Laufs der Verjährungsfrist ist ebenso wie die Dauer derselben bei beweglichen Sachen und bei Grundstücken verschieden.

Im Gegensatz zum I. Entwurf (§ 397), der als massgebenden Zeitpunkt den Moment der Übergabe betrachtete, beginnt die Verjährung bei beweglichen Sachen mit der Ablieferung. — Was unter Ablieferung zu verstehen ist, ergiebt sich in erster Linie aus der Gesetzesvorschrift selbst; es kann nämlich nach Billigkeit die Verjährung für den Käufer nicht früher zu laufen beginnen, als ihm die Möglichkeit gegeben ist, die Sache zu untersuchen und etwaige Mängel zu entdecken. Man wird unter Ablieferung also den Akt zu verstehen haben, durch

den dem Käufer die Möglichkeit gegeben wird, die Sache in seine Gewalt zu bringen und sie zu untersuchen.[163] — Die Ablieferung ist wohl zu unterscheiden von der Annahme und der Abnahme, denn während jenes zweiseitige Rechtsgeschäfte sind, bei denen Käufer und Verkäufer mitwirken müssen, und zwar jene die zur Erfüllung erforderliche Mitwirkung des Käufers, diese die ihm in § 433 Abs. II zur Pflicht gemachte Empfangnahme der Ware, ist die Ablieferung ein streng einseitiger Akt des Verkäufers, durch den er dem Käufer die Möglichkeit zur Untersuchung der Sache verschafft. — Sie wird in der Regel mit der körperlichen Übergabe an den Käufer selbst oder einen Vertreter derselben sich vollziehen; jedenfalls wird auch die Übergabe kurzer Hand genügen.[164] Dagegen kann von einer Ablieferung nicht die Rede sein, wenn die Übergabe nur durch Besitzkonstitut, durch Abtretung des Herausgabeanspruchs oder durch Aushändigung eines handelsrechtlichen Traditionspapiers (:Kanossement, Ladeschein, Lagerschein:) erfolgt; insbesondere ist natürlich auch die Absendung der Sache beim Versendungskauf nicht ausreichend, um die Verjährung in Lauf zu setzen.[165]

Bei Grundstücken beginnt der Lauf der Verjährungsfrist mit der Übergabe. Selbstverständlich genügt auch hier Übergabe kurzer Hand und ebenso

163) So wurde dieser Ausdruck bereits im bisherigen Handelsrecht interpretiert; vgl v. Hahn, Kommentar zum allgem. Deutschen HGB., Art. 347 Anm. § 8 und die dort aufgeführten Entscheidungen des ROHG. So auch Cosack, Bd. I, S. 435; Dernburg, Bd. II, 2, S. 73.

164) Entscheidungen des Reichsger., Bd. V, S. 31.

165) Dernburg, Bd. II, 2, S. 74.

wird man annehmen müssen, dass die Übergabe durch Besitzkonstitut dem gleichsteht, obwohl Planck[166] dies bestreitet, da sonst der vom Gesetz offenbar beabsichtigte Gegensatz zur Ablieferung bei beweglichen Sachen bedeutungslos sein würde.

Der Lauf der Verjährung richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften über die Verjährung, insbesondere auch, was die Hemmung und Unterbrechung derselben angeht. Der Lauf der Verjährung ist gehemmt, so lange der Verkäufer vorübergehend zur Verweigerung seiner Leistung berechtigt, ferner solange der Käufer innerhalb der letzten 6 Monate der Verjährungsfrist durch Stillstand der Rechtspflege oder sonst durch höhere Gewalt an der Rechtsverfolgung verhindert ist, oder solange zwischen ihm und dem Verkäufer eine Ehe, ein Kindes- oder Vormundschaftsverhältnis besteht (§§ 202—204); desgleichen auch in den Fällen der §§ 206 und 207.

Die Verjährung wird nicht schon unterbrochen durch blosse Anzeige eines Mangels oder die Mitteilung des Käufers, dass er einen der Gewährschaftsansprüche geltend machen wolle, sondern nur durch Klageerhebung und die dieser gleichgestellten Akte (Anmeldung im Konkurse, Zustellung eines Zahlungsbefehls, Streitverkündung, Aufrechnung im Prozesse, Vornahme einer Vollstreckungshandlung), sowie durch Anerkenntnis seitens des Verkäufers in irgend einer Form. (§ 208 ff.).

---

166) Erl. 4b zu § 477; vgl. dagegen: Oertmann, Anm. 2 zu § 477; Dernburg, Bd. II, 2, S. 74.

Als Besonderheit für den Fall der Verjährung der Gewährschaftsansprüche bestimmt das Gesetz, dass eine Unterbrechung der Verjährung auch durch den vom Käufer gestellten Antrag auf gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises bewirkt wird. (§§ 477 Abs. 2, 480 Abs. I). Das Recht, diese zu beantragen, um dadurch einen Mangel festzustellen, hat der Käufer nach § 488 CPO. ohne weiteres, ohne dass die Besorgnis des Verlustes der Beweismittel oder einer Erschwerung der Benutzung derselben vorhanden zu sein braucht. — Diese Unterbrechung dauert bis zur Beendigung des Verfahrens zur Sicherung des Beweises fort; sie endigt auch, wenn das Verfahren in Stillstand gerät, mit der letzten Prozesshandlung; die alsdann beginnende neue Verjährung wird jedoch durch erneutes Betreiben des Verfahrens in gleicher Weise wie durch Klageerhebung unterbrochen. Die Unterbrechung gilt als nicht erfolgt, wenn der Antrag zurückgenommen oder rechtskräftig abgewiesen wird; stellt aber der Käufer innerhalb 6 Monaten von neuem den Antrag, so gilt die Verjährung als nicht durch den Antrag unterbrochen. (§§ 211 Abs. II, 212).

Als weitere wichtige Besonderheit der Gewährschaftsverjährung ist zu erwähnen, dass, während sonst Hemmung und Unterbrechung der Verjährung sich nur auf den Anspruch beziehen, hinsichtlich dessen die sie begründenden Thatsachen eintreten, hier bei der kurzen Gewährschaftsverjährung Hemmung und Unterbrechung der Verjährung nur eines der Gewährleistungsansprüche zugleich

Hemmung und Unterbrechung auch hinsichtlich der anderen bewirken. (§§ 477 Abs. III, 480 Abs. I). Ist z. B. der Käufer eines Grundstücks, der wegen Mangels der zugesicherten Grösse desselben Wandelung verlangt, mit diesem Anspruch abgewiesen, weil der Mangel für nicht so erheblich gehalten wurde, dass der Käufer an der Erfüllung des Vertrages kein Interesse mehr hätte, so ist mit der Erhebung dieser Klage auch die Verjährung des Minderungsanspruchs und ev. des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung unterbrochen. — Ihre sachliche Rechtfertigung findet diese Gesetzesbestimmung offenbar darin, dass die verschiedenen Gewährschaftsansprüche sämtlich ein und denselben Zweck verfolgen.[167]

Zu bemerken ist, dass es selbstverständlich für Beginn und Lauf der Verjährung gänzlich unerheblich ist, ob der Käufer den Mangel der Kaufsache in der Verjährungsfrist kannte; die Verjährung beginnt und läuft ab, selbst wenn es bei Anwendung grösster Sorgfalt dem Käufer nicht möglich war, die Mängel zu entdecken. Daraus ergiebt sich, dass der Verkäufer, vorausgesetzt dass er nicht arglistig ist, praktisch für solche Mängel überhaupt nicht haftet, die erst nach Ablauf der sechs- bezw. zwölfmonatigen Verjährungsfrist zum Vorschein kommen, denn auch die einredeweise erfolgende Geltendmachung ist, wie unten zu zeigen, von Handlungen abhängig gemacht, die eine Entdeckung des Mangels vor Ab-

167) Denkschrift S. 96.

lauf der Verjährung voraussetzen.[168] Doch ist zu beachten, dass die kurze Verjährung nur die Gewährschaftsansprüche im engern Sinne betrifft, dagegen die übrigen dem Käufer zustehenden Ansprüche und ebenso die Gewährschaftsansprüche bei Arglist des Verkäufers erst in der regelmässigen Zeit verjähren.

Ist zwischen den Parteien über die Wandelung, die Lieferung einer anderen Gattungssache oder die Minderung (natürlich auch über die Schadensersatzverpflichtung) in Wirklichkeit ein neuer Vertrag geschlossen, dann kann von einer Verjährung der Gewährleistungsansprüche nicht mehr die Rede sein, da diese durch den Vertrag völlig erledigt sind. Die jetzt beiden Seiten zustehenden Rechte entspringen allein aus dem zwischen ihnen bestehenden Vertrage und unterliegen daher der ordentlichen Verjährung.[169]

Durch die Verjährung eines Anspruchs wird im allgemeinen nicht nur die im Wege der Klage, sondern auch die einredeweise erfolgende Geltendmachung desselben ausgeschlossen. Ohne ausdrückliche Bestimmung würde also auch der Käufer seine Ansprüche auf Wandelung, Lieferung einer mangelfreien Sache und Minderung nach Vollendung der Verjährung nicht mehr im Wege der Einrede geltend machen können. In der Erwägung aber, dass der Käufer in der Regel, solange der Verkäufer nicht die Zahlung des Kaufpreises verlangt, keine Veranlassung haben wird, Klage zu erheben und dadurch

168) Cosack, Bd. I, S. 437; Staub, Anm. 119 zu § 377.
169) Staub, Anm. 113 zu § 377.

die Verjährung der Ansprüche zu unterbrechen, und dass es daher in vielen Fällen für den Käufer sehr hart sein würde, wenn er nach Vollendung der Verjährung seine Ansprüche auch nicht mehr einredeweise geltend machen könnte gegenüber dem Anspruch des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises, so trifft das Gesetz die Bestimmung, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch nach vollendeter Verjährung der Käufer die Zahlung des Kaufpreises in gewisser Weise verweigern kann. Der Käufer kann nämlich dann auch nach Vollendung der Verjährung die Zahlung des Kaufpreises insoweit, als er auf Grund der Wandelung, der Minderung und des Anspruchs auf Lieferung einer andern Gattungssache dazu berechtigt sein würde, verweigern, wenn er vor Ablauf der Verjährungsfrist dem Verkäufer den Mangel angezeigt hat; es genügt zur Wahrung des Weigerungsrechtes die Absendung der Anzeige vor Ablauf der Verjährung, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt, in dem sie bei dem Verkäufer eintrifft. (§§ 478, 480 Abs. I.) — Es genügt sowohl schriftliche als mündliche Anzeige, sowohl persönliche als solche durch eine Mittelsperson. Die von Kuhlenbeck[170] aufgestellte Behauptung, dass nur durch die Absendung einer schriftlichen Anzeige das Einrederecht gewahrt werde, nicht z. B. durch die Absendung eines Boten zwecks mündlicher Bestellung, entbehrt der Begründung. Aus dem Gesetz lässt sich dieselbe nicht rechtfertigen und ein Bedürfnis für eine solche Einschränkung auf die schriftliche Anzeige ist nicht einzusehen.

170) Anm. 1 zu § 478.

Ist dem Verkäufer der Mangel angezeigt, so kann er einmal durch Erbieten zur Wandelung oder zur Lieferung einer mangelfreien Sache mit Fristsetzung den Käufer zur alsbaldigen Entscheidung darüber, ob er von diesen Rechten Gebrauch machen will, nach § 466 (480 Abs. I) veranlassen; andererseits kann nun auch er nach CPO. § 488 Abs. II Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises ohne weiteren Nachweis beantragen, sodass eine Beschwerung desselben durch diese zu Gunsten des Käufers getroffene Bestimmung nicht herbeigeführt wird.

Die Anzeige des Käufers muss natürlich die Mängel genau bezeichnen, wenigstens soweit, dass der Verkäufer aus den Angaben sich über die Bedeutung der Mängel orientieren und darnach seine Massnahmen treffen kann. Dagegen braucht der Käufer nicht anzugeben, welche Rechte er aus den Mängeln herleiten will.[171]

Ebenso wie durch die Mängelanzeige wird dem Käufer das Recht, die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern, auch dadurch erhalten, dass er vor Vollendung der Verjährung gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises, die, wie oben ausgeführt, hier ohne weiteren Nachweis zulässig ist, beantragt, oder in einem zwischen ihm und einem späteren Erwerber der Sache wegen des Mangels anhängigen Rechtsstreite dem Verkäufer den Streit verkündet. (§§ 478 Satz 2, 480 Abs. I.)

Durch ersteren Umstand wird auch die Verjährung überhaupt unterbrochen, aber die Bestimmung hat die Bedeutung, dass auch nach Ablauf

171) Cosack a. a. O.

der nach dieser Unterbrechung von neuem zu laufen beginnenden Verjährungsfrist, die Zahlung des Kaufpreises einredeweise verweigert werden kann. — Letzerer Umstand ist nicht mit der oben erwähnten Streitverkündung zu verwechseln, durch welche die Verjährung überhaupt unterbrochen wird; dort handelt es sich um eine Streitverkündung in einem Rechtsstreite, von dessen Ausgang der betr. Anspruch abhängig ist, während hier von einer solchen in einem Rechtsstreite zwischen dem Käufer und einem späteren Erwerber der Sache die Rede ist, dessen Ausgang auf den Anspruch keinen unmittelbaren Einfluss hat.

Hat der Käufer eine der vorgenannten Handlungen vor Vollendung der Verjährung vorgenommen, dann ist für ihn das Recht, die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern, fortan unverjährbar geworden, während ihm die klageweise Geltendmachung der Rechte aus dem Mangel durch die Verjährungseinrede des Verkäufers abgeschnitten wird. —

Nach § 390 kann auch eine verjährte Forderung noch zur Aufrechnung verwandt werden, wenn sie zu einer Zeit, als sie noch nicht verjährt war, der Forderung, gegen welche sie aufgerechnet werden soll, bereits aufrechenbar gegenüberstand. — Hiernach stände auch nichts im Wege, dass der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung auch nach Vollendung der Verjährung gegen solche Forderungen aufgerechnet werden kann, denen er schon vor Ablauf der Verjährungsfrist aufrechenbar gegenüber stand,

also auch gegen die Kaufpreisforderung des Verkäufers. Es ist jedoch im Interesse des Verkäufers[172] hier die Zulässigkeit der Aufrechnung des Schadensersatzanspruchs nach Vollendung der Verjährung an besondere Voraussetzungen geknüpft und zwar an dieselben, von welchen nach den obigen Ausführungen die einredeweise Geltendmachung des Wandelungsanspruchs etc. abhängig gemacht ist, also Anzeige des Mangels, Antrag auf gerichtliche Beweisaufnahme und Streitverkündung. (§ 479). — Diese besonderen Voraussetzungen gelten, da der § 479 keine Bestimmungen darüber enthält, nicht nur für die Aufrechnung gegenüber der Kaufpreisforderung und den sonstigen Forderungen des Verkäufers aus dem Kaufe, sondern auch gegenüber allen Ansprüchen desselben aus anderen Geschäften.[173].

Es ist zu erwähnen, dass die besonderen Voraussetzungen, an welche die einredeweise Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche und die Zulässigkeit der Aufrechnung des Schadensersatzanspruchs nach Vollendung der Verjährung geknüpft sind, dann nicht erforderlich sind, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, dass der Käufer also in diesem Falle ohne weiteres auch nach Ablauf der (regelmässigen) Verjährungsfrist die Zahlung des Kaufpreises verweigern und die Schadensersatzforderung zur Aufrechnung bringen kann. (§§ 478 Abs. II, 480 Abs. I, 479 Satz 2).

172) Denkschrift S. 97.
173) Staub, Anm. 118 zu § 377.

V. Besondere Vereinbarungen der Parteien.

Die Regeln des BGB. über die Gewährleistung wegen Sachmängel sind nicht zwingender Natur, sondern dispositiv. Sie können durch Parteivereinbarung — mit einer Ausnahme — beliebig [174] abgeändert werden.

Zunächst können die Beteiligten die Haftung des Verkäufers gänzlich erlassen.

Dies geschieht vielfach durch bestimmte Klauseln, z. B. „wie besehen", „Empfang erklärt" u. a., durch welche ausgedrückt werden soll, dass der Verkäufer von jeder Haftung für Mängel frei sein soll; dies wird in der Regel für alle Mängel, auch solche, die für den Käufer nicht erkennbar sind, gelten müssen. [175] Neben dem gänzlichen Ausschluss der Haftung des Verkäufers kann natürlich dieselbe auch nur für bestimmte Mängel oder bestimmte Arten derselben erlassen oder überhaupt auf bestimmte Mängel beschränkt werden. Es kann auch ausgemacht werden, dass dem Käufer nicht alle, sondern nur einzelne Gewährleistungsansprüche, z. B. nicht das Minderungsrecht zustehen sollen, dass die Verjährungsfrist abgekürzt wird u. s. f.

Alle diese Vereinbarungen, die an sich dem freien Parteibelieben überlassen sind, sind jedoch nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt.

174) Natürlich nur, soweit es nicht gegen die guten Sitten verstösst.

175) Staub, Anm. 150 zu § 377.

(§§ 476, 480 Abs. I). Das gilt selbstverständlich nur von einer im voraus geschlossenen Vereinbarung, dagegen steht einem nachträglichen Verzicht des Käufers auf die Geltendmachung seiner Ansprüche auch bei Arglist des Verkäufers nichts im Wege.

Erlass und Beschränkung der Gewährleistungspflicht brauchen nicht ausdrücklich, sondern können auch stillschweigend getroffen werden,[176] insbesondere unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles aus der Natur des Geschäftes und der Verkehrssitte zu entnehmen sein. — Vielfach wird beim Kauf eines Sachinbegriffs in Pausch und Bogen ein Verzicht des Käufers auf die mangelfreie Beschaffenheit der einzelnen Sachen anzunehmen sein; allein auch dies kann nur im Einzelfalle entschieden werden, eine allgemeine Aufstellung eines solchen Satzes ist unrichtig.

In sehr vielen Fällen wird die Haftung des Verkäufers für Mängel durch Vereinbarung nicht eingeschränkt, sondern umgekehrt gerade erweitert. Auch dies ist zweifellos zulässig. Von dem Falle, dass der Verkäufer bestimmte Eigenschaften der Sache besonders zugesichert hat, und von den Folgen dieser Zusicherung ist im Anschluss an die Ordnung des Gesetzes bereits früher die Rede gewesen.

Es ist an anderer Stelle auch schon der Unterschied angedeutet zwischen der Zusicherung des Vorhandenseins einer Eigenschaft und der

176) Motive Bd. II, S. 238.

Zusicherung, dieselbe herstellen zu wollen. Handelt es sich um eine Zusicherung der erstgenannten Art, dann fällt die Haftung des Verkäufers fort, wenn der Käufer das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft beim Kaufabschluss erweislich gekannt hat, während in dem Falle, wo der Verkäufer versprochen hat, den Mangel zu beseitigen bezw. die fehlende Eigenschaft herzustellen, seine Haftung nicht durch die Kenntnis des Käufers ausgeschlossen wird, andererseits letzerem in diesem Falle aber auch nicht die Gewährleistungsansprüche im engeren Sinne wegen Nichtvorhandenseins einer zugesicherten Eigenschaft zustehen, sondern nur der allgemeine Anspruch auf das Interesse.

Auch in anderer Weise als durch Zusicherung bestimmter Eigenschaften kann die Haftung des Verkäufers erweitert werden, ohne dass der Parteiwillkür hier eine Grenze gesetzt wäre.[177] So kann insbesondere der Verkäufer sich zur Nachbesserung der Sache, die ihm gesetzlich, wie oben angeführt, nicht obliegt, verpflichten. Es kann auch, abweichend von den sonstigen Vorschriften, die Verjährungsfrist durch Vereinbarung verlängert werden, wie im Gesetz ausdrücklich bestimmt ist, und zwar auch über die 30jährige Frist hinaus. (§§ 477 Satz 2, 480 Abs. I.)[178]

---

177) Selbstverständlich so lange sie nicht die Grenzen des Sittlichen und des gesetzlich Erlaubten überschreitet.

178) Planck, Erl. 5 zu § 477, Matthiass, Bd. I, S. 505; a. M. Oertmann, Anm. 5b zu § 477; Naefe, S. 90 f.

Eine solche vertragsmässige Verlängerung der Verjährungsfrist liegt namentlich auch dann vor, wenn der Verkäufer für eine gewisse Zeit die Garantie für die Sache übernimmt. Dies wird in der Regel bedeuten, dass der Verkäufer für alle oder für bestimmte Mängel einstehen will, die sich innerhalb der Garantiefrist zeigen. Ist diese länger als die Verjährungsfrist, dann muss man annehmen, dass letzere um einen entsprechenden Zeitraum verlängert ist, da sonst das Garantieversprechen bedeutungslos wäre.[179] Gerade mit Rücksicht auf diese im Verkehr häufig vorkommende Garantieübernahme für längere Zeit hat das Gesetz[180] die vertragsmässige Verlängerung der Verjährungsfrist zugelassen.

179) Vgl. Staub, Anm. 152 zu § 377; Cosack, Bd. I, S. 442.
180) Denkschrift S. 96.